# I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento

a cura di
Raffaella Gherardi
e Gustavo Gozzi

Società editrice il Mulino  Bologna

Istituto trentino di cultura

Pubblicazioni dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

# Sommario

# Introduzione

di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

Gli scritti raccolti in questo volume sono stati presentati al seminario su «I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato tra Otto e Novecento» svoltosi a Trento nell'autunno 1990. L'intento era quello di contribuire a indagare, attraverso l'analisi dei concetti, la struttura del sistema politico in Italia e in Germania tra i due secoli.

Relativamente a questo preciso arco cronologico, la riflessione sulla storia dei concetti è stata condotta in stretta connessione con la storia costituzionale al fine di evitare il rischio di cadere nell'ambito di una mera storia delle idee.

Assunti come elementi costitutivi delle dottrine, i concetti si rivelano infatti fattori decisivi della realtà costituzionale nel suo insieme. Concetti e dottrine concorrono ad esprimere le forme rappresentative di un sistema politico e ne costituiscono, al tempo stesso, il fondamento di legittimazione. Essi coprono lo spazio che intercorre tra la costituzione e le istituzioni, ponendosi come campo di esplicazione della ideologia, ambito intermedio tra la teoria e la prassi, fonte di legittimazione e luogo di fissazione degli obiettivi dell'azione politica.

L'analisi dei concetti si impone così come strumento necessario per intendere le modalità attraverso le quali si esprime nel sistema politico la funzione egemone esercitata dalla classe politica dominante. Con questi intenti l'analisi semantica dei concetti viene sottratta ad ogni tentazione di ricostruzione meramente filologica o ad ogni ipotesi di semplice esposizione del pensiero politico per coglierne piuttosto la precisa funzionalità alle finalità e al progetto dei ceti politicamente egemoni.

La costruzione linguistica della realtà attraverso concetti e dottrine è un momento fondamentale della lotta politica giacché, come avverte R. Koselleck, «le parole e il loro uso sono più importanti, per la politica, di tutte le altre armi»[1]. La «lotta per i concetti» è infatti un momento decisivo per la formazione delle coscienze, per la creazione di una giustificazione delle azioni, per sostenere la legittimità di un progetto politico. In questa prospettiva anche la riflessione filosofico-politica racchiusa nella storia dei concetti trova una sua precisa collocazione in un contesto storico-istituzionale.

I concetti esaminati nella presente raccolta, articolati in sezioni dove lo stesso concetto viene discusso secondo prospettive diverse o dove sono riuniti concetti che presentano affinità di significato, consentono di discutere alcuni aspetti del sistema politico in Italia e in Germania tra Otto e Novecento, in particolare la concezione giuridica dello Stato e le modalità assunte dalle diverse forme associative sul piano politico e su quello sociale.

Non si tratta certo di una raccolta esaustiva giacché molti sarebbero ancora i concetti da indagare per mettere in luce compiutamente l'organizzazione dei sistemi politici presi in esame. Questi primi studi vogliono solo avviare ricerche che intendono proseguire per raggiungere un livello di crescente approfondimento e, in questa direzione, mirano soprattutto a proporre un metodo di analisi che si auspica possa risultare fecondo di risultati significativi.

L'analisi dei concetti prende avvio con la nozione di 'Stato di diritto' che viene discussa, per l'Italia, in relazione al rapporto tra formalismo giuridico e certezza del diritto e al ruolo che ebbero i giuristi nell'elaborazione della dottrina giuridico-politica dello Stato liberale. Per la Germania l'analisi del concetto di 'Stato di diritto' viene condotta in relazione all'opera di R. von Gneist e alla sua concezione del *soziales Königtum*. Nella prospettiva di Gneist, che ebbe un ruolo rilevante nella storia politico-costituzionale dell'Ottocento

[1] R. KOSELLECK, *Futuro passato*, Genova 1986, p. 72.

tedesco, lo Stato di diritto, considerato come un'unione fondata sui doveri, doveva essere costruito sulla monarchia, l'autogoverno e la giustizia amministrativa. Significativa è, a questo riguardo, anche la riflessione svolta sul concetto di 'interesse pubblico' in relazione alla nascita delle giustizia amministrativa e alle prime teorizzazioni del procedimento amministrativo.

I concetti di 'partito' e di 'associazione' sono affrontati ripercorrendo il dibattito dottrinario, le voci enciclopediche, le definizioni del *Digesto* e, insieme, ricostruendo le trasformazioni storiche delle forme associative e delle loro modalità organizzative sociali e politiche nella seconda metà dell'Ottocento.

È stato inoltre importante ricondurre i concetti fino alle loro origini più risalenti, quando è apparso evidente che questa ricostruzione avrebbe contribuito a chiarirne il significato nel periodo in esame, tra Otto e Novecento: così l'indagine sul concetto di 'riforma' si estende dapprima fino a ritrovarne le radici nel secolo XVIII e, successivamente, ne ripercorre il mutamento di significato in corrispondenza con le trasformazioni dello Stato moderno.

Il dibattito costituzionale dell'Ottocento viene sviluppato anche con un'analisi della realtà francese e, in particolare, con un approfondimento delle posizioni del liberalismo di fronte alla Rivoluzione e alla democrazia: dal primato dell'etica e della dignità dell'individuo (Guizot-Tocqueville) al primato della scienza (Renan-Taine) che impone una nuova gerarchia tra i popoli e tra gli individui.

Infine la riflessione sui concetti di 'contratto di lavoro' e di 'politica sociale' è condotta attraverso una stretta articolazione tra il dibattito dottrinario e le realizzazioni istituzionali: nel primo caso, definendo il rapporto tra diritto del lavoro e diritto privato e sottolineando la natura collettiva del contratto di lavoro, nel secondo caso, mostrando il diverso fondamento delle concezioni della politica sociale – dall'idea di «giustizia» a quella di «produttività» – nel passaggio dallo Stato guglielmino alla democrazia di Weimar.

Da ultimo, il significato della nozione di 'opinione pubblica' viene sviluppato in relazione alle trasformazioni costituzionali della società e dello Stato nella Germania del secondo Ottocento: dalla centralità del ceto medio, all'idea di nazione, al rapporto tra stampa e opinione pubblica analizzato soprattutto attraverso l'opera di F. Toennies.

La convergenza di 'concetto' e 'storia' si rivela pertanto apportatrice di significativi risultati, giacché consente di misurare la portata costituzionale delle rappresentazioni ideologiche della realtà politica e sociale. La *Begriffsgeschichte*, costruita nella costante tensione tra contenuti semantici e riferimenti extralinguistici, evidenzia infatti come i concetti e le dottrine contribuiscano a «formare» le relazioni politiche e sociali e come le spiegazioni delle trasformazioni strutturali debbano necessariamente includere la piena comprensione dei mutamenti di significato dei concetti.

*Sezione prima*

# Stato di diritto

# Monarchia sociale o democrazia sociale. Osservazioni sulla dottrina dello Stato di Rudolf von Gneist (1816-1895)

di *Klaus Luig*

1. Rudolf von Gneist era ai suoi tempi uno dei più noti giuristi tedeschi. Egli fu, dopo Savigny, il primo giurista ad essere accolto nell'Ordine *pour le mérite*. Eppure, dopo la sua morte nel 1895, su Gneist il silenzio è calato più rapidamente che non su Savigny o anche su Lorenz von Stein, che come Gneist aveva elaborato una teoria dei compiti sociali della monarchia. Mentre Lorenz von Stein infatti, con la sua prognosi della democrazia sociale, se la si valuta alla luce dello sviluppo storico successivo[1], era sulla via giusta, la versione di Gneist della dottrina della monarchia sociale invece, se non irrealistica fin dall'inizio, fu comunque contraddetta dagli eventi mentre lui era ancora in vita. Se forse inizialmente Gneist era ancora progressista con la sua convinzione che lo Stato doveva diventare attivo e garantire prestazioni sociali, dopo la crisi economica mondiale del 1873 questa convinzione divenne la concezione dominante. Secondo Stolleis l'anno decisivo fu il 1878[2]. Per quanto riguarda poi la forza che realmente si fece carico di questa politica sociale, già ai tempi in cui Gneist viveva e al più tardi negli anni che seguirono il messaggio imperiale del 1881, emerse con sempre maggiore chiarezza che la politica sociale veniva più portata avanti dal lavoro del Parlamento

*Traduzione di Anna Gianna Manca.*

[1] E.-W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, pp. 146, 168 n. 97.

[2] M. Stolleis, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 1989, pp. 129 ss., 146.

che garantita dalla persona del monarca[3]. Ne dà conferma anche il fatto che solo con il crescente rafforzarsi della socialdemocrazia e del Centro si riuscì a trovare nel 1896 per la prima volta una maggioranza all'interno del *Reichstag* per agganciare interventi di regolazione sociale al Codice di diritto civile (*BGB*)[4]. Delle prestazioni di Gneist, ad avere riconoscimento duraturo nel tempo fu la sua partecipazione all'elaborazione dottrinale dell'autogoverno dei comuni e della giustizia amministrativa. Entrambi sono oggi concetti tanto ovvi che lo *Staatslexikon* della Görres Gesellschaft se la cavò a tale riguardo nel 1959 con alcune parole d'elogio a Gneist, criticandolo per il resto come paladino del matrimonio civile e nemico della scuola confessionale e dei gesuiti[5]. L'edizione più recente dello *Staatslexikon* sembra addirittura ritenere superflua la voce *Gneist*. Nella sua biografia su Bismarck Gall menziona il giurista Gneist solo due volte: la prima come uno dei portavoce dell'opposizione nel conflitto costituzionale del 1862-1866[6], la seconda come uno dei liberali che nel 1874 furono addirittura disposti a concedere a Bismarck l'«eternato» sottraendo così l'esercito al diritto di bilancio del Parlamento[7], senza tuttavia mettere in evidenza la contraddizione tra queste due posizioni politiche di Gneist. Questa contraddizione è invece rivelatrice del mutamento politico-ideale che ebbe luogo tra i liberali dopo il 1866[8]. Nella *Deutsche Gesellschaftsgeschichte* di Wehler Gneist viene menzionato brevemente solo due volte, come colui

[3] D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München 1990, pp. 250 ss.

[4] In particolare § 138, capoverso 2 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, SCHMIDT, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin 1973, p. 140.

[5] HENRICHS, *von Gneist*, in *Staatslexikon*, III, 1959[6], col. 994.

[6] L. GALL, *Bismarck – Der weiße Revolutionär*, Frankfurt am Main 1980, p. 350 (trad. it. *Bismarck. Il cancelliere di ferro*, Milano 1982).

[7] *Ibidem*, p. 533.

[8] A questo proposito in genere D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 240. Cfr. anche la recensione di Stolleis in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 1991, p. 194.

che deplorò lo sprofondare dei funzionari statali di livello inferiore nel proletariato[9], e più avanti in connessione con l'osservazione che le classi possidenti avevano salutato favorevolmente il diritto elettorale a tre classi[10]. Solo Ridder nello *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* di Erler parla chiaramente e lo assegna al «movimento di adeguamento del liberalismo tedesco» che aveva «garantito per decenni la conservazione dello *status quo* sociale nello Stato monarchico-autoritario bismarckiano-guglielmino».

Questo giudizio è troppo sommario e colpisce Gneist immeritatamente. Anche però con una tiepida lode non si rende giustizia a Gneist, né alle sue idee, né al ruolo da lui avuto ai suoi tempi nella dottrina dello Stato e nella politica. Nei suoi intenti principali la dottrina di Gneist era infatti assai più di principio e fondamentale di quanto lascino oggi sospettare i temi dell'autogoverno e della giustizia amministrativa. Già Lorenz von Stein ha detto che si può «misurare la libertà di uno Stato essenzialmente dal grado di autonomia dell'autogoverno»[11]. Decisivo è in questo contesto il termine «essenzialmente». Per Gneist l'autogoverno e la giustizia amministrativa erano gli elementi «essenziali» di uno Stato che intenda prendere sul serio i suoi compiti sociali. Al contrario egli considera una democrazia parlamentare superflua, se non addirittura dannosa o asociale. L'opzione di Gneist per un autogoverno secondo norme proprie dello Stato di diritto e sottoposte al controllo della giustizia amministrativa era dunque apertamente una lotta contro la democrazia parlamentare. Questo era l'obiettivo principale della sua monografia *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preußische Dreiklassenwahlsystem – eine social-historische Studie* (Berlin 1894), e ancor di più del suo famoso libro *Der Rechtsstaat* (del 1872), anche se il titolo a prima vista sembra suggerire il contrario. A fare maggiore chiarez-

[9] H.-U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1815-1845/49*, München 1987, p. 312.

[10] *Ibidem*, p. 735.

[11] Citato da D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 249.

za è però il sottotitolo *und die Verwaltungsgerichte in Deutschland.* Questa apparente contraddizione ha oscurato gli aspetti positivi dell'immagine di Gneist fino a quando la democrazia parlamentare come principio è rimasta sottratta ad ogni critica. Oggi però che l'esercizio delle funzioni statali non viene più deciso solo in Parlamento, che addirittura si può dire che in certe costellazioni il «principio democratico [viene] abrogato», e che si discute globalmente del «futuro della costituzione»[12], si rende necessaria anche una ridefinizione della democrazia, se si prende sul serio il bene della società. Già nel 1963 Böckenförde ha detto che da Lorenz von Stein in poi «la legittimazione dello Stato non scaturisce tanto dalla sua costituzione, quanto piuttosto dall'amministrazione attiva che si assicura alla società»[13]. E oggi noi ci troviamo per giunta anche alla fine dell'epoca delle «democrazie di popolo» realizzate. In questa situazione la posizione di Gneist come espressione della transizione dalla monarchia alla democrazia può forse essere compresa meglio. Fino ad oggi Gneist è stato apprezzato in questo senso solo da Eugen Schiffer, ministro liberale della finanza e della giustizia della Repubblica di Weimar e in seguito capo dell'amministrazione della giustizia nella zona della Germania occupata dai sovietici, nel 1929[14]. Durante la crisi della Repubblica di Weimar Schiffer scrisse una biografia di Gneist criticando, in parte nel senso di Gneist, l'onnipotenza del Parlamento che porta all'impotenza dello Stato, e deplorando in modo velato la perdita della monarchia. Anche in Giappone si ha ancora l'idea che alla fine del XIX secolo molto probabilmente si poteva sottoporre a critica severa il parlamentarismo e anche opporsi ad esso senza per questo essere necessariamente un fanatico matricolato della conservazione della forza della monarchia. E in ciò una certa importanza ce l'ha anche Gneist[15].

[12] D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main 1990, pp. 418 ss., 25 e *passim*.

[13] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., p. 147.

[14] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist* (Meister des Rechts, 2), Berlin 1929.

[15] Sul seguito: K. KROESCHELL, *Das moderne Japan und das deutsche*

Questa considerazione merita la seguente ulteriore spiegazione. Nel dibattito giapponese sulle cause della Seconda guerra mondiale riveste grossa importanza, accanto a molti altri elementi, la costituzione giapponese del 1889. La domanda che ci si pone è se questa costituzione abbia contribuito a condurre il Giappone sulla via della catastrofe. La risposta che viene data è sempre positiva, anche se le motivazioni sono assai diverse tra di loro. L'una teoria afferma che se la democrazia fosse stata saldamente introdotta già con la costituzione del 1889 non si sarebbe mai giunti alla successiva politica bellica delle cricche dominanti. La seconda teoria afferma esattamente l'opposto: le troppe concessioni democratiche e l'insufficiente definizione dei ruoli dell'imperatore, della nobiltà e dei ceti, avrebbero permesso alle cricche dominanti degli anni '30 di prendere il potere nello Stato giapponese. In questo senso si può affermare, estremizzando un po', che anche oggi in Giappone è in corso un dibattito sul rapporto tra monarchia e democrazia.

Ma cos'ha Gneist a che fare con ciò? La costituzione giapponese del 1889 poggiava essenzialmente sulla costituzione prussiana del 1850 quale Rudolf von Gneist nel 1882 e 1883 l'aveva illustrata ad una delegazione governativa giapponese allora in visita a Berlino. Compito di questa delegazione, che tra l'altro fece una lunga visita anche a Lorenz von Stein a Vienna, prendendo da lì altre informazioni, era di compiere studi di diritto costituzionale in Europa allo scopo di trovare qui dei possibili modelli per una costituzione moderna per l'Impero Meji fondato nel 1868.

Ciò che Gneist allora raccontò ai giapponesi ci è stato tramandato da ampi resoconti giapponesi e da una breve sintesi di mano di un membro della delegazione. Qui ci troviamo davanti alle stesse teorie delle monografie di Gneist, questa volta però in forma di tesi e spogliate di tutta l'argomenta-

*Recht*, in B. MARTIN (ed), *Japans Weg in die Moderne*, Frankfurt am Main 1987, p. 45 ss.; K. LUIG, *Rudolf von Gneist und die japanische Verfassung von 1889*, in *Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland*, Frankfurt and Main 1990, p. 50.

zione storica. Il tutto è una energica perorazione per una monarchia al di sopra delle classi, una monarchia che trova il suo necessario aggancio nel popolo attraverso l'autogoverno. Ciò che in queste teorie balza maggiormente agli occhi è con quale sicurezza Gneist neghi al Parlamento la capacità di garantire la giustizia all'interno dello Stato, e con quanta risolutezza egli affidi questo compito ad un monarca che comunque lo divide con un autogoverno che sta nelle mani dei ceti superiori della nobiltà e della burocrazia. In una situazione come questa è necessario anzitutto verificare più precisamente da cosa era alimentata la sfiducia di Gneist nei confronti dei parlamenti cui egli stesso appartenne per oltre 40 anni, dapprima come deputato cittadino, poi come membro della Camera dei deputati prussiana, e infine come deputato del Parlamento imperiale. Da verificare è inoltre che cosa egli si aspettasse dal monarca.

2. Giacché «il potere politico per insediamento divino, tradizione immemorabile o giudizio superiore ... oggi non è più in grado di ottenere riconoscimento»[16], gli argomenti portati da Gneist contro la democrazia parlamentare sono oggi più rilevanti di quelli da lui portati in campo a favore della monarchia. A questo proposito non è irrilevante il *curriculum vitae* di Gneist. Rudolf Gneist nacque nel 1816 a Berlino da un commissario di giustizia e notaio. Egli frequentò la scuola e portò a termine gli studi giuridici all'università con risultati eccellenti. Conseguì il titolo di dottore nel 1838 e l'abilitazione all'insegnamento universitario già nel 1839, entrambi in storia del diritto. Nel 1841 divenne assessore giudiziario presso il *Kammergericht*, e dal 1847 lavorò non remunerato come giudice ausiliario all'*Obertribunal*.

Quasi contemporaneamente iniziò la sua carriera politica[17].

[16] D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, cit., p. 425.

[17] Sul seguito cfr. ampiamente la biografia di Gneist scritta da Schiffer (vedi sopra alla n. 14).

Dal 1843 fu membro del consiglio comunale di Berlino e prese parte come membro della milizia cittadina alla rivoluzione del 1848. Allorché il presidente dei ministri, il conte Brandenburg, sciolse la milizia cittadina e aggiornò e trasferì l'Assemblea Nazionale prussiana, Gneist a capo di una delegazione di consiglieri cittadini protestò presso il ministero e presso il principe di Prussia (il futuro imperatore Guglielmo I), sostenendo che la corona non aveva il diritto di aggiornare l'Assemblea Nazionale e di porre in vigore da sola, di «concedere», una costituzione. Gneist chiese allora che all'Assemblea Nazionale fosse attribuito il diritto di autoconvocarsi e quello di elaborare una costituzione. In un primo momento egli protestò anche contro il progettato diritto elettorale a tre classi[18]. In reazione a ciò Gneist fu licenziato dal servizio giudiziario.

L'attivismo di Gneist durante la rivoluzione del 1848 a Berlino non urtò però solo i suoi superiori conservatori all'interno dell'ambiente giudiziario. Gneist urtò anche i suoi amici liberali quando si espresse contro la risoluzione di rifiutare il versamento delle imposte, adottata dall'Assemblea Nazionale in risposta al suo aggiornamento e trasferimento. Gneist temeva che le conseguenze di questa risoluzione avrebbero avuto il solo effetto di gettare il paese nella confusione. Per questo suo atto di conformismo però gli elettori liberali non lo elessero nel 1852 all'Assemblea Nazionale prussiana.

In questo periodo Gneist si sostentò con le entrate che gli provenivano da lezioni private impartite a giovani nobili e dalla sua attività di libero docente. Nel 1845 fu nominato professore straordinario, ma cominciò a percepire il suo stipendio solo a partire dal 1851. La nomina a professore ordinario gli fu conferita solo nel 1858, quasi 20 anni dopo la sua abilitazione. In seguito ricoprì più volte la carica di decano,

[18] Una esposizione differenziata degli avvenimenti è data da Gneist in *Die Nationale Rechtsidee von den Ständen und das preußische Dreiklassenwahlsystem – eine social-historische Studie*, Berlin 1894, rist. Hildesheim 1962, pp. 20 ss.

una volta anche quella di rettore. La sua principale materia di insegnamento all'università fu diritto romano o «diritto delle pandette», come veniva chiamato allora. Egli aveva ereditato questo corso di insegnamento da Savigny e lo mantenne fino a poco prima della sua morte nel 1895. Egli non ha mai raccolto e pubblicato le sue lezioni in un manuale. Si sono però conservati appunti delle sue lezioni[19]. Mentre svolgeva la sua attività accademica Gneist continuò a impegnarsi in politica. Continuò ad essere deputato cittadino a Berlino (1858-1875) e nel 1859 riuscì ad essere eletto alla Camera dei deputati prussiana. Con il costituirsi del Parlamento della Confederazione della Germania del Nord nel 1867 egli diventò deputato del *Reichstag*. E tale rimase fino al 1884.

Nella Camera dei deputati prussiana all'inizio degli anni '60, al tempo in cui la costituzione prussiana era messa a dura prova dal conflitto sul bilancio per il rafforzamento dell'esercito, Gneist fu il portavoce impegnato, che attaccava spesso duramente il governo, dell'opposizione liberale che difendeva con accanimento i diritti del parlamento nella definizione del piano finanziario dello Stato. Nel 1867, però, Gneist si schierò con i nazional-liberali che si erano scissi dal partito liberale del progresso, e concesse a Bismarck l'indennità per la violazione del diritto parlamentare di bilancio negli anni 1862-1866. È così che nella persona di Gneist sembra essersi incarnata in modo particolarmente evidente la svolta dalla richiesta di democrazia parlamentare alla monarchia costituzionale. Ma lo stesso Gneist ha in seguito voluto spostare il processo per lui decisivo di formazione politico-ideale agli anni tra il 1848 e il 1850[20]. Comunque sia, a partire dal 1866 Gneist sostenne la politica di Bismarck nella lotta contro il cattolicesimo politico (leggi contro i gesuiti, per il matrimonio civile obbligatorio, per una scuola laica), contro la socialdemocrazia e altri «nemici

[19] Alcuni di essi sono in possesso dell'«Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte» dell'Università di Colonia. È in preparazione un'edizione degli stessi.

[20] R. von Gneist, *Die Nationale Rechtsidee*, cit., pp. 17 ss.

del *Reich*»[21], e fu anche un risoluto e spesso esigente paladino della politica sociale di Bismarck. L'immagine di Gneist resta incompleta se non si fa menzione dell'impegno concreto di Gneist nel campo della politica sociale: il posto da cui egli si impegnò nella politica sociale fu il «Zentralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen», fondato nel 1844 e di cui Gneist fu presidente dal 1869 fino alla sua morte nel 1895. Questa associazione pubblicò la rivista «Der Arbeiterfreund» in cui si discusse di tutti i temi importanti: associazioni di igiene, pensioni di vecchiaia, casse di aiuto e sostegno, casse per i minatori, bagni pubblici e lavatoi, previdenza per le donne, scuola e educazione.

Nel 1873 Gneist diventò il primo presidente dell'appena fondato «Verein für Sozialpolitik», tra i cui membri più noti vi furono in seguito Gustav Schmoller e Lujo Brentano, venendo così a contatto con i socialisti della cattedra. Dopo di ciò era naturale che Gneist diventasse anche uno dei sostenitori in Parlamento delle leggi sociali di Bismarck. Nel 1875 divenne, come seconda occupazione, giudice dell'appena eretto *Oberverwaltungsgericht* (tribunale amministrativo di massima istanza) prussiano. È con la sua giurisprudenza che ebbe origine il moderno diritto amministrativo in senso vero e proprio. In questo modo il principio della conformità alla legge dell'amministrazione soppiantò la vecchia amministrazione dello Stato di polizia. Gneist diede forma alla scienza del diritto amministrativo sulla base della giurisprudenza dell'*Oberverwaltungsgericht*.

3. Le concezioni politiche di Gneist sono state studiate da Schiffer[22]. Agli occhi di Gneist la situazione storica verso la metà del XIX secolo era segnata dai contrasti tra i conservatori da un lato e le forze liberal-borghesi dall'altro. L'assolutismo illuminato del XVIII secolo aveva messo tutte le «forze del popolo» totalmente al servizio dello Stato e aveva

[21] Così RIDDER, *v. Gneist*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*.

[22] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist*, cit., pp. 46 ss.

sottoposto tutti i cittadini alle esigenze del bene comune, assumendosi in cambio il compito di garantire la «felicità dei popoli». Ciò fu percepito dal popolo come un «opprimente paternalismo», che ripugnava al pensiero giuridico tedesco[23]. Secondo Gneist è quindi maturata nella dottrina del liberalismo, sotto l'influsso determinante dell'imperativo categorico kantiano, secondo cui la libertà dell'individuo ha la precedenza sugli interessi della comunità e secondo cui ognuno deve limitare la propria libertà solo fino al punto in cui anche a tutti i suoi simili è reso possibile godere della medesima libertà, una nuova concezione dello Stato. Questa concezione era però anche assai di parte perché limitava il compito dello Stato alla difesa dei diritti dell'individuo, perché essa in fondo voleva fare dello Stato un'«associazione giuridica di cittadini» in cui lo Stato non avrebbe avuto più alcun compito attivo.

A questo fatto si aggiunse qualcosa di nuovo: dal punto di vista di una terza dottrina dello Stato la monarchia aveva fallito, e la democrazia era in grado di condurre solo ad una dittatura dei partiti nelle mani della classe borghese possidente e colta. Ad una tale prospettiva questa terza teoria, la teoria del comunismo e del socialismo, contrappose la dittatura del proletariato come unico mezzo per affermare la giustizia.

Tra questi estremi Gneist collocò il suo Stato, uno Stato che certo tutela anzitutto i diritti dell'individuo, ma che inoltre persegue anche attivamente uno «scopo di benessere» e uno «scopo di cultura», senza però ricadere nell'altro estremo di «esporre il singolo nell'interesse di tutti alle sconfinate esigenze del bene comune»[24]. Si vede così come ciò a cui Gneist mirava materialmente era la costruzione di uno Stato sociale che contenutisticamente non era molto lontano da ciò che oggi in senso positivo si indica con «Stato sociale» se si accoglie la definizione della repubblica federale tedesca come

[23] R. von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin 1872, p. 15.

[24] E. Schiffer, *Rudolf von Gneist*, cit., p. 105.

di uno «Stato sociale di diritto», con tutta la gamma possibile di interpretazioni che questa definizione evoca. Gneist fu uno dei primi teorici di questo Stato sociale[25]. Lo strumento giusto per il raggiungimento degli scopi di questo Stato sociale era per Gneist quella forma particolare della monarchia costituzionale sociale quale egli in seguito vide realizzata nell'Impero bismarckiano. Per amore di completezza si deve dire che egli non si diede alcuna pena di riflettere su uno Stato comunista. In primo luogo perché il dominio di una classe sarebbe stato ai suoi occhi ancora peggiore della monarchia assoluta; in secondo luogo perché ai suoi tempi il pericolo che il quarto stato potesse impadronirsi dello Stato non era molto grande. Eppure a questo riguardo si doveva essere molto cauti, come avevano dimostrato le esperienze del 1848. In questo senso è da interpretare l'approvazione di Gneist alle leggi antisocialiste di Bismarck. Il socialismo come forza ideale è stato invece preso molto meno seriamente da Gneist. Un confronto vero e proprio con il fenomeno del socialismo, quale fu tentato dal punto di vista conservatore dall'«avversario scientifico e politico» di Gneist[26], il conservatore Stahl, nella sua *Rechtsphilosophie*[27], manca negli scritti di Gneist. Dato però che d'altra parte anche gli ultraconservatori, con il crescere dei problemi che la rivoluzione industriale aveva portato con sé, perdevano sempre più la loro credibilità, la lotta politica e scientifica di Gneist fu in primo luogo contro gli esponenti di una democrazia liberal-parlamentare. La democrazia parlamentare per Gneist non era in grado di assicurare la giustizia nello Stato perché essa esponeva lo Stato al dominio di una maggioranza parlamentare continuamente diversa che avrebbe considerato il governo solo come suo comitato esecutivo. La lista degli svantaggi della democrazia in Gneist era lunga. Democrazia significava per lui invasione della sfera giuridica da

[25] In merito in generale M. STOLLEIS, *Sozialrecht*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*; M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates*, cit., pp. 129 ss.

[26] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist*, cit., p. 14.

[27] P. CAPPELLINI, *Sistema iuris*, II, Milano 1985, pp. 142 ss.

parte della società[28], infinito guazzabuglio di interessi contrastanti, puro egoismo, brutale affermazione di interessi particolari sul bene comune, indecente sconfessione di disciplina e morale nella stampa, nelle associazioni e assemblee, calo del livello dell'opinione pubblica con ripercussioni sul Parlamento, lotta tra i gruppi partitici perché ogni gruppo vede solo i traviamenti altrui e non i propri, conflitto tra i gruppi dell'industria, del ceto medio e del proletariato su chi è il più indigente. Tutti sono scontenti, nessuno vuol sacrificare qualcosa. Inganno e falsità reciproci dominano il campo.

Il solo rimedio a questi pericoli era la superiorità di una monarchia neutrale, non vincolata a maggioranze e a interessi di partito. L'indispensabile radicamento nel popolo di questo sistema doveva essere garantito attraverso l'autogoverno, definito da Gneist come «la partecipazione dei cittadini delle classi possidenti all'esercizio del potere pubblico in conformità della legge». Il luogo in cui l'autogoverno doveva entrare in attività era il comune. Ad impedire che esso non degenerasse in una dittatura della classe possidente doveva essere in primo luogo la monarchia e in secondo luogo il dovere sociale della classe possidente di rendere possibile, attraverso l'educazione, l'ascesa sociale degli appartenenti al «ceto del lavoro»[29]. Il terzo elemento costitutivo, quello determinante, di questo tipo di amministrazione, era che essa doveva essere un'amministrazione sociale, un'amministrazione tenuta ad adempiere i suoi doveri verso la società. La necessità di una articolazione interna dell'amministrazione derivava dal fatto che lo Stato era solidamente organizzato in ceti: il ceto del lavoro e quello della proprietà. Il ceto della proprietà veniva rappresentato dal capitalismo, il ceto del lavoro dal comunismo e dal socialismo. Ora, Gneist si opponeva sia alla dittatura del capitale che a quella del proletariato: era contro la «stupidità degli azionisti»,

[28] R. von Gneist, *Die nationale Rechtsidee*, cit., pp. 15, 267.

[29] In merito Ridder, *von Gneist*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*.

come diceva quando voleva criticare il capitale, ma era anche contro il «proletariato giuridico» che nella rivoluzione del 1848 aveva avanzato richieste radical-democratiche[30]. Egli voleva invece sciogliere e superare il contrasto esistente tra i principi della libertà e dell'uguaglianza generale da un lato e la divisione interna dello Stato in ceti dall'altro. All'atto di sciogliere questi antagonismi si presentano naturalmente delle tensioni, dato che ogni classe cerca di sottomettere a sé l'altra. Queste tensioni possono essere superate e composte solo attraverso un potere statale forte, un potere statale che si situa al di sopra delle contrapposizioni di classe, al di sopra di tutti gli interessi sociali, e con ciò anche di tutti gli interessi di parte. Questo Stato oppone alle richieste di sempre più diritti l'imperativo del dovere, ma assume su di sé anche la cura attiva di ciò che riguarda la comunità. Uno Stato che corrisponde a questa immagine ideale poteva essere per Gneist solo la monarchia costituzionale ereditaria che si sente obbligata ad adempiere i suoi doveri sociali, in breve: la monarchia sociale. Diventa così del tutto chiaro che la monarchia era per Gneist un valore primario: era il centro della sua dottrina dello Stato. E ciò distingueva Gneist sostanzialmente da Lorenz von Stein. Per Lorenz von Stein la monarchia sociale non era un postulato incontestabile, ma piuttosto, considerata dal punto di vista storico, l'ultima *chance* della monarchia: essa sarebbe potuta sopravvivere alla lotta tra monarca e società solo se il monarca avesse posto fermamente mano al compito della riforma sociale[31]. Come programma contenente i lineamenti fondamentali di una costituzione, queste teorie hanno trovato un riflesso concreto nei consigli dati da Gneist alla delegazione governativa giapponese nel 1883. Di essi sono particolarmente importanti i seguenti punti[32]:

La forza del monarca deve esprimersi anzitutto nel fatto che

[30] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist*, cit., ad esempio pp. 64, 71 e *passim*.

[31] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 146 ss.

[32] J. PITTAU, *Political Thought in Early Meiji Japan*, Cambridge Mass. 1967, p. 141.

l'esercito, le finanze e i rapporti con l'estero sono sottratti completamente alla collaborazione del Parlamento. I ministri sono responsabili solo verso l'imperatore. Egli è anche a capo dell'amministrazione, che guida attraverso un diritto di ordinanza assai ampio. L'amministrazione deve però avere la sua base in un sistema di autogoverno in cui coloro che pagano più tasse hanno anche più diritti. Questo autogoverno è il contrappeso «sociale» alla forza della monarchia. La formula è all'incirca che l'amministrazione monarchica è un autogoverno sociale nelle mani dei ceti più alti. L'«auto» giustifica il fatto che l'amministrazione è svincolata dalla partecipazione del Parlamento. Il popolo perciò non partecipa democraticamente al governo attraverso il Parlamento. Ciò diventa ancora più chiaro nella proposta di istituire un Consiglio di Stato come generale organo consultivo del monarca, composto di ministri, alti funzionari e nobili che costituiscono per così dire i vertici dell'«auto»-governo.

Il Parlamento deve essere sentito solo su questioni relative al patrimonio e all'economia, come anche al diritto di famiglia – a questioni di diritto privato dunque, per dirla in termini moderni – e inoltre a questioni di diritto penale. Tutto il resto è amministrazione. Il Parlamento deve consistere di due Camere che si controllano a vicenda. La prima Camera o Camera alta (*Herrenhaus*) deve essere composta per un terzo di membri ereditari e per due terzi di membri di nomina regia, da scegliere tra i nobili e gli alti funzionari. La rappresentanza popolare vera e propria, per evitare i pericoli della democrazia, deve essere eletta secondo un diritto elettorale in cui hanno peso preponderante (diritto elettorale a tre classi) coloro che possiedono più forza economica e che assumono anche in modo corrispondente più doveri nello Stato (imposte, uffici onorari nell'amministrazione). Non si tratta quindi di possesso, ma di prestazione. Non c'è bisogno neppure di una assemblea nazionale. L'imperatore deve – propone Gneist alla delegazione giapponese – concedere la costituzione, e neppure per una successiva revisione della costituzione è necessaria una assemblea costituente.

Di fronte ai giapponesi Gneist diede un peso particolare al

fatto che la rappresentanza popolare non avesse alcun diritto di essere consultata in questioni finanziarie. Egli pensava che un tale diritto avrebbe condotto alla dipendenza dei ministri dalla maggioranza parlamentare, cosa che doveva essere evitata in qualsiasi caso. Qualora il parlamento avesse controllato il bilancio non sarebbe stato possibile avere una amministrazione efficiente. La motivazione che diede di questo suo convincimento era che l'amministrazione doveva spendere i mezzi finanziari corrispondentemente alle leggi e che le leggi erano più importanti del piano finanziario, e cioè che spesso l'amministrazione, per adempiere i suoi doveri verso la legge, si trovava nella necessità di spendere i soldi in un modo non previsto dal piano finanziario. Per questo motivo doveva essere evitato assolutamente un diritto del Parlamento in questioni di bilancio.

Il monarca fa partecipare le classi più alte alla guida dello Stato attraverso la Camera alta, il Consiglio di Stato e i ranghi superiori dell'amministrazione. Rispetto alle classi inferiori del popolo si dice solamente che lo Stato deve proteggerle. Il «compito sociale» dello Stato è dunque la difesa dei deboli e non ad esempio la partecipazione attiva di tutti i cittadini allo Stato.

4. A questo punto resta da considerare più precisamente la motivazione storico-filosofica data da Gneist a giustificazione del ruolo preminente da lui assegnato alla monarchia. Il principio fondamentale nella filosofia di Gneist è che all'antagonismo degli interessi umani, che da Kant in poi si richiamano tutti al loro diritto e alla loro libertà, deve essere contrapposto il principio del dovere, corrispondentemente alla tradizione di Pufendorf, Chr. Wolff, e Hegel. Solo così, secondo Gneist, può essere instaurato lo Stato di diritto. Questo Stato di diritto è un organismo in grado di dare alla società, in quanto principio che si contrappone allo Stato, la libertà civile[33]. Lo Stato di diritto è di conseguenza meno lo

[33] R. von Gneist, *Der Rechtsstaat*, cit., p. 5.

Stato che libera i diritti e serve agli scopi di un «patto giuridico tra i cittadini», quanto, piuttosto, lo Stato che pone i suoi limiti ai diritti del governo, della legge, dell'autogoverno e dell'individuo, ricongiungendo così l'uno all'altra Stato e società[34]. Esso è un «organismo totale» che supera dal basso verso l'alto tramite il livello intermedio dell'autogoverno la mancanza di libertà prodotta dalle contrapposizioni di classe. L'autogoverno diviene così il vero strumento di integrazione delle classi nello Stato nazionale tedesco che instaura la giustizia sociale. Quest'autogoverno può essere però introdotto solo in uno Stato monarchico e non in una democrazia. In cima agli interessi di Gneist erano dunque sia i valori primari della monarchia che l'individuazione del giusto posto per il suo autogoverno. Con la sua visione generale filosofico-storica Gneist poteva osservare come in Francia ed in Inghilterra dominassero la «tirannia» e il «culto di sé» della società con l'irriducibile lotta degli interessi e delle classi. A questa lotta Gneist oppose con il suo tipo di Stato un «contro-organismo» che non solo doveva essere «rimedio estremo» ma che aveva anche la sua propria giustificazione etica[35]. Dietro a queste sue posizioni ci sono naturalmente Hegel e l'idealismo tedesco, come lo stesso Gneist ammette apertamente. Storicamente però la prima formazione statale a soddisfare questa esigenza è stata la Chiesa cristiana. La Chiesa era stata la prima istituzione umana a volgersi, con la sua dottrina «dei doveri dell'uomo verso l'uomo» e dell'amore, contro «il violento egoismo della società». Di pari passo con questa idea ecclesiastica dello stato del dovere e dell'amore, all'epoca della migrazione dei popoli aveva avuto origine, secondo Gneist – ispirata dal cristianesimo ma allo stesso tempo come creazione autonoma dello «spirito del popolo germanico»[36] –, la «monarchia», la quale, come conseguenza di questa sua genesi ha la capacità duratura di essere una monarchia sociale. E così

[34] *Ibidem*, p. 2.

[35] *Ibidem*, p. 11.

[36] *Ibidem*, pp. 11, 12.

l'etica cristiana del dovere e dell'amore e lo spirito del popolo germanico condussero nel medioevo al seguente risultato.

La monarchia scaturì certo dalle lotte sociali per il potere, essa costituiva la punta più alta delle classi dominanti e dominava di conseguenza anche la società, ma essa fece ciò come rappresentante degli interessi della totalità. Essa servì anzitutto alla difesa dell'uguaglianza giuridica dei diversi strati della società e alla tutela dei deboli[37]. Anche l'organismo degli uffici che circondava il vertice monarchico seguì questi principi. Esso era santificato dal rapporto fra doveri reciproci e in questo modo il potere si metteva al servizio della libertà etica. L'ufficio nobilitò il dominio. Qualsiasi altro sviluppo nel medioevo avrebbe significato che il potere nello Stato sarebbe toccato alle classi più potenti della società, come dominio senza doveri e determinato solo dai loro interessi[38].

Perché solo la monarchia germanico-cristiana fosse in grado di garantire la preminenza del dovere, è dimostrato da Gneist facendo ricorso ad argomentazioni storiche. La dottrina di Gneist trasse dalla storia la sua forza. L'intera teoria fu legittimata, in un modo che oggi può apparire insolito, storicamente, rifacendosi a istituzioni storiche già sperimentate ma purtroppo ormai perdute. In questo modo Gneist metteva d'accordo la sua dottrina con la tradizione germanica, con lo spirito del popolo e il diritto del popolo, tentando così di renderla inattaccabile. Dalla diseguaglianza caratteristica dell'epoca della migrazione dei popoli lo «spirito del popolo germanico» condusse alla nascita dell'ufficio del capo militare e del giudice, e da qui alla nascita della monarchia[39]. Tutta la ricostruzione storica culmina nella proposizione: «Tutta la giurisdizione amministrativa dello Stato monarchico poggia invece sull'idea fondamentale che il potere statale

[37] *Ibidem*, p. 12.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*, p. 11.

vuole *per sua stessa volontà* un impiego imparziale delle sue stesse leggi, che questo potere massimo e durevole *per sua natura* non può somministrare nient'altro che diritto»[40]. Proprio questa «somministrazione del diritto» è impedita alla società poiché si risolverebbe in lotte di interessi[41]. Per questo tutte le classi sociali devono essere integrate e coinvolte negli organi dello Stato. Questo non è però da intendersi come un diritto democratico originario. Per Gneist una democrazia non è possibile. Egli diceva: «La partecipazione alla formazione dell'assemblea legislativa non è un diritto innato degli uomini, ma una partecipazione al governo dello Stato, un *diritto di dominio*, che come ogni dominio su altri va conquistato in modo conforme al diritto attraverso l'esercizio dei doveri sul cui adempimento poggiano l'amministrazione e la giurisdizione dello Stato»[42]. Gneist voleva incastonare le istituzioni democratiche, di cui diffidava per il pericolo ad esse connesso della formazione di partiti, nella totalità di Stato e società, costruendole non come efflusso dei diritti dell'uomo ma invece come correlato dell'adempimento del dovere nello Stato. La compenetrazione di Stato e società si ha secondo i principi del diritto quando il comune adempimento dei doveri pubblici riesce ad unire insieme in un'unione di vicinato le diverse classi, divise dagli interessi che rivendicano diritti opposti[43]. In questo modo il diritto elettorale democratico perde la sua pericolosità: «Il diritto di voto riacquista il suo limite giuridico», perdendo anche il suo significato. Su diritto elettorale, sistema elettorale e funzione dei corpi legislativi Gneist dice di non voler parlare oltre[44]. Lo Stato di diritto doveva essere instaurato attraverso l'autogoverno. In ciò rientrava anche la «giurisdizione amministrativa». La responsabilità politica dei ministri, il male principale della democrazia, diveniva così superflua[45]:

[40] *Ibidem*, p. 159.

[41] *Ibidem*, p. 161.

[42] *Ibidem*, p. 174.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

[45] *Ibidem*, pp. 175, 179, 180.

«La responsabilità giuridica dei ministri è l'ultima integrazione che completa lo Stato di diritto». Dato però che la giustizia amministrativa doveva restare nell'amministrazione, Gneist non riusciva a spiegare in modo sufficientemente chiaro come pensasse di evitare il pericolo di cui egli stesso parlava, e cioè che fossero gli stessi organi dello Stato a stabilire per «autointerpretazione»[46] in quale caso potevano appellarsi al diritto. Perché per Gneist la cosa più importante non era tanto allontanare i pericoli derivanti dalle dinastie[47] quanto ostacolare il «concentrarsi delle forze sociali per il ... dominio sul potere statale»[48]. Ma il «corso regolare della giurisdizione amministrativa» impedisce sia l'«autointerpretazione» dei detentori della forza degli interessi dinastici, sia le folli «lotte parlamentari» suscitate dal diritto elettorale generale.

L'obiettivo ultimo è il superamento delle tensioni e delle contrapposizioni di classe, l'equilibrio e l'armonia nello Stato, attuati attraverso «una pluralità di giurisdizioni»[49]. E qui sta il campo di competenza del giurista, il quale però può adempiere il suo compito solo con il concorso di una coscienza giuridica che gli deriva dall'autogoverno, dal «lavoro in proprio» per lo Stato[50]. Colui di cui qui si parla non è quindi il giurista «in quanto tale», ma il giurista che opera nell'autogoverno, il giurista che indipendentemente da qualsiasi posizione partitica risolve i conflitti secondo i principi del diritto. Nello Stato non ci sono rappresentanze di interessi che si autointerpretano. Tutte le elezioni con le loro «formazioni e maggioranze mutevoli» necessitano del contro-organismo della stabile giurisdizione (e anche del contrappeso di un organo stabile della legislazione)[51]. Gneist

[46] *Ibidem*, p. 178.

[47] *Ibidem*, p. 177.

[48] *Ibidem*, p. 180.

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*.

[51] *Ibidem*, p. 182.

confida nel «senso del diritto delle classi sociali» e nel giurista che non ha presente *solo il diritto formale*, ma anche gli «interessi». Solo così viene assicurata la «libertà civile»[52]. Il tutto è nella sostanza il disperato sforzo di difendere, per paura della democrazia parlamentare, il «corpo statale monarchico» con gli strumenti del diritto. Qui diritto non è esercizio di un potere *giuridico soggettivo*, ma sottomissione ad una «giurisdizione imparziale». Il risultato è che gli interessi di «tutto il governo» vengono congiunti «a tutti gli interessi della società»[53]. Il più importante «punto di sutura» di questa congiunzione è rappresentato dai doveri che si devono adempiere nello Stato: dovere di versare le imposte, obbligo scolastico, obbligo di leva, dovere civile di assumere uffici onorari. L'intera «personalità» deve essere al servizio dello Stato[54]. Attraverso i doveri si deve superare il pensare per classi. Essi fanno passare in secondo piano gli interessi sociali contrastanti e conducono alla subordinazione al diritto e al bene comune. Ciò doveva accadere dal basso verso l'alto come riflesso «delle tradizioni della vita comunale»[55]. Il potere di dominio della proprietà era comunque per Gneist un diritto di classe, nel senso che a maggiori servizi resi alla comunità corrispondeva anche una maggiore partecipazione alla ricompensa. Per questo egli rigettava il diritto generale di voto chiesto dai «teorici della democrazia»[56]. Proprio il censo che stava alla base del sistema elettorale a tre classi assicurava secondo Gneist alle «classi del ceto medio e dei lavoratori» una «partecipazione con pari diritti»[57]. Gneist ritiene che a ciò si pervenga quando i singoli collegi elettorali eleggono ognuno un deputato come rappresentante dell'«interesse generale della comunità». Ciò doveva essere garantito con elezioni indirette attraverso i grandi elettori

[52] *Ibidem*.

[53] *Ibidem*, p. 178.

[54] R. von Gneist, *Die Nationale Rechtsidee*, cit., p. 262.

[55] *Ibidem*, p. 268.

[56] *Ibidem*, p. 265.

[57] *Ibidem*, p. 264.

(*Wahlmänner*). Perché questi ultimi, secondo Gneist, eleggono i migliori rappresentanti degli interessi veri della città e della campagna e non il «tribuno popolare più pieno di temperamento» che ha il dono di imporsi nelle assemblee di massa. Questo principio dell'elezione indiretta rende superflua, se non addirittura pericolosa, la segretezza del voto.

Il voto segreto toglie il senso della responsabilità morale. La richiesta del voto segreto era per Gneist un segno dell'«invasione dello Stato da parte della società». Solo con la pubblicità del voto si può formare la necessaria «coscienza generale di un corpo elettorale»[58]. Solo con essa si può affermare il principio della «comunità di dovere». Questo è però estremamente importante. Infatti, dato che l'adempimento del dovere non poteva essere imposto direttamente dalle istituzioni dello Stato, per Gneist era molto importante che le persone giuste arrivassero nei posti giusti, persone cioè verso le quali si può nutrire la fiducia che compiano il giusto. Di queste persone facevano parte senz'altro cominciando dall'alto verso il basso anzitutto il monarca e i membri ereditari, o nominati a vita dal monarca, del Consiglio di Stato. Seguivano poi gli alti funzionari di nomina regia. In essi si incontrano i due punti di partenza, l'elemento monarchico e quello dell'autogoverno, dato che questi funzionari devono esercitare contemporaneamente uffici comunali onorari[59]. Vengono quindi i deputati al Parlamento, eletti indirettamente dai grandi elettori, che dal canto loro sono stati eletti in pubbliche elezioni al livello più basso dal popolo suddiviso in tre classi. Con questo sistema si riusciva secondo Gneist a tenere lontani rappresentanti di interessi di gruppi egoistici e gli «arringa-popolo pieni di talento» che pensano solo a se stessi.

5. Non desta certo stupore il fatto che le teorie di Gneist incontrarono opposizione da tutte le parti. Il Centro gli rimproverò la scristianizzazione dello Stato e della società,

[58] *Ibidem*, p. 270.

[59] *Ibidem*, p. 266.

mentre egli voleva solo opporsi alle pretese dei gesuiti. I socialdemocratici diffidavano di lui per la sua predilezione per l'Inghilterra, la patria del capitalismo, e per la sua opposizione ad una democrazia completa. Egli stesso disse che i socialdemocratici avevano accostato il suo nome ai concetti di «reazione, assolutismo, *Junkertum*, partito dei 'commendatori'»[60], mentre i conservatori lo avevano oltraggiosamente definito «democratico, agitatore, rivoluzionario, anarchico, repubblicano e monarcomaco».

A ben vedere, la critica mossagli dai conservatori era meno dura di quella lanciatagli da sinistra, in cui egli, dal punto di vista di oggi, rientrava materialmente per il contenuto delle sue richieste. Il motivo di ciò era la sua appartenenza ai nazional-liberali, che dopo il 1867 avevano fatto la pace con l'Impero bismarckiano ed erano diventati un partito portante dello Stato[61]. Mentre per la sinistra egli non era coerente abbastanza, la destra vedeva, non del tutto a torto, nelle richieste sociali di Gneist poggianti più sull'amministrazione che sulla costituzione, solo una serie di misure paternalistico-assistenziali e di opere di bene sociali per le classi popolari più deboli che la monarchia sociale concede per bontà, ma verso le quali non si può avanzare alcuna pretesa di diritto. E così va a finire che aveva ragione il principe ereditario Guglielmo quando nel 1888 scriveva a suo nonno Guglielmo I dicendogli che Gneist era «adesso leale e assolutamente fedele al governo»[62]. Questo suo atteggiamento lo aiutò ad ottenere onorificenze dalla maggior parte dei principi tedeschi, la nomina a Consigliere di Stato nel 1884, la nomina a Consigliere segreto di Giustizia effettivo, la chiamata all'Ordine *pour le mérite* per la scienza e l'arte (1888), l'elevazione al ceto della nobiltà ereditaria e infine il conferimento del titolo di «Eccellenza»[63].

[60] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist*, cit., p. 76.

[61] Così RIDDER, *von Gneist*, in *Handwöerterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*.

[62] E. SCHIFFER, *Rudolf von Gneist*, cit., p. 143.

[63] *Ibidem*, pp. 79, 80.

Eppure questi giudizi oggi non sono più vincolanti. Oggi si deve constatare che Gneist ha sopravvalutato le possibilità della monarchia. Egli ha visto giusto quando ha notato che la pratica della democrazia parlamentare in uno Stato che persegue gli scopi del benessere (*Wohlfahrt*) e della civiltà (*Kultur*) può essere fonte di grossi problemi. Egli ha anche diagnosticato giustamente che il capitalismo smodato del XIX secolo ha fallito nella realizzazione della giustizia nel corso della rivoluzione industriale. Egli aveva però in parte anche ragione quando rimproverava ai socialisti di avanzare richieste astratte. Gneist avrebbe detto: «È una vera benedizione che un paio di socialdemocratici giungano in consiglio comunale; qui cominceranno a considerare bene il come e il dove e a diventare ragionevoli»[64].

Determinante per l'opzione di Gneist a favore della monarchia era dunque che egli non riusciva a immaginare che il principio democratico del dominio della maggioranza nel Parlamento potesse portare a soluzioni giuste. Al dominio oscillante di maggioranze mutevoli Gneist contrappose l'ideale del dominio dei migliori, l'ideale del dominio di un monarca che senza interessi propri poteva mettersi al servizio incondizionato dei suoi obblighi verso la comunità. Il governo monarchico però doveva essere rigidamente vincolato al diritto, ad un diritto che poggiava, nel senso di Hegel, su un ordine etico del mondo e che aveva il compito di realizzare la giustizia materiale. Il vincolo del monarca al diritto deve essere però controllato, e a questo controllo e all'attuazione dell'amministrazione della giustizia deve partecipare il popolo.

Gneist si è preoccupato della totalità dello Stato e non ha voluto salvare solo i privilegi dei dominanti. Si rende giustizia a Gneist solo quando si cerca di comprendere bene che egli intendeva lo Stato in primo luogo come un'unione fondata sui doveri e non come un'unione di individui con diritti propri e divergenti. In ciò Gneist si ricollegava al modello

[64] *Ibidem*, p. 64. Un giudizio equilibrato sulla socialdemocrazia si trova in R. VON GNEIST, *Die nationale Rechtsidee*, cit., pp. 240 ss.

dei doveri della teoria giusnaturalistica di Pufendorf[65] e di Wolff; tale modello nel corso del XIX secolo è stato considerato dai germanisti della scuola storico-giuridica come un principio adeguato al carattere della Germania quale formatasi storicamente. Gneist non si stancò mai di parlare dell'obbligo della classe possidente nei confronti dei più deboli[66]. Ma il massimo delle unioni civili fondate sul dovere era per lui lo Stato monarchico[67].

[65] Lo stesso Gneist però vedeva Pufendorf come rappresentante della dottrina dell'«associazione giuridica dei cittadini» nel senso di Kant; R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat*, cit., p. 26.

[66] R. VON GNEIST, *Die Nationale Rechtsidee*, cit., p. 258.

[67] *Ibidem*, p. 261.

# Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo

di *Giulio Cianferotti*

## 1. *Principio di legalità, formalismo giuridico, pandettistica e nuova scienza universitaria*

Se «quello che politicamente si indica come divisione dei poteri o delle funzioni, giuridicamente come principio di legalità»[1], è il principio cardine dello Stato di diritto, allora il rapporto di «conformità formale» o di «compatibilità colla legalità»[2], il criterio genericamente definibile di conformità al diritto, di eguaglianza «al sistema delle forme» stabilite[3], il formalismo, insomma, rappresenta la ragione

*Questo scritto riproduce con alcuni ulteriori svolgimenti quello pubblicato negli studi offerti dagli allievi a Domenico Maffei.*

[1] S. SATTA, *Chiose*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova 1969, p. 33. Si veda anche M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in «Studi sassaresi», XVIII, 1940, ripubblicato in «Quaderni fiorentini», 2, 1973. Principio di divisione dei poteri, che Orlando e con lui tutta la 'scuola giuridica nazionale' non intendono come «l'equilibrio e l'esclusione reciproca tra i vari poteri, perché ciò è contrario alla nozione organica dello Stato»; né come «l'appropriazione di organi distinti alle funzioni diverse, dappoiché questo nel fatto non avviene»; bensì come distinzione formale degli atti onde quei poteri si esercitano, sancita dal diritto pubblico positivo (V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, p. 65).

[2] S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1973, pp. 666-673; si veda il resto della voce per l'analisi del fondamento, struttura, significato e portata del principio di legalità. Sull'origine e l'evoluzione del principio di legalità, v. S. FOIS, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963.

[3] N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in «Rivista di diritto civile», SN, XXXVI, 1990, p. 8. Invero, pure nella concezione dello Stato di diritto in senso formale, il non formale, l'"informale', gli atti e i rapporti

d'essere d'ogni istituto dello Stato di diritto. Nello Stato di diritto il principio di legalità vale «come forma assunta dal potere per il suo esercizio e quindi come garanzia in forza del controllo cui la forma è assoggettabile»[4]. Il principio di legalità non costituisce solo il criterio della sottoposizione alla legge dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione ma rappresenta uno schema teorico decisivo per la concettualizzazione del formalismo come paradigma garantistico, come modello di controllabilità dell'attività e dei rapporti giuridici di tutti i soggetti dello Stato di diritto legislativo liberale.

Il formalismo giuridico dà forza di concetto e realtà di fatto storico allo Stato di diritto perché risponde a valori e detta schemi di comportamento generalmente accettati nell'attività giuridica dei soggetti pubblici e privati. I loro atti si identificano appieno col formalismo, coincidono colle forme in cui si esternano[5]. E se è vero che tutta l'attività giuridica è essenzialmente attività di interpretazione; è costituita dall'«infinita serie dei cicli interpretativi-normativi»[6], posti in

di fatto rimangono anche nella sfera del diritto pubblico, ma vengono tendenzialmente circoscritti – in uno sforzo di progressiva delimitazione teorizzato dalla dottrina giuridica tra '800 e '900 – alle relazioni di supremazia speciale vigenti nell'organizzazione interna dello Stato, ai rapporti di «soggezione, all'interno degli apparati» (G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XLII, 1992, p. 3) e all'attività svolta nel loro ambito.

[4] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova 1969, p. 172. Nello Stato di diritto le forme sono «la sola misura» dell'osservanza della «soggezione dell'attività statale alla legge» (G. BERTI, *Stato di diritto*, cit., p. 9 n. 2). D'altra parte, «il ricostruire una realtà secondo determinate forme, in modo che le attività pratiche si misurino con queste forme, è essenziale per la conservazione delle posizioni fondamentali da noi acquisite» (G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1987[1], p. 226).

[5] «La forma è il momento in cui la volontà si fa atto», ha affermato Francesco Santoro Passarelli, si veda *Atto o forma del negozio giuridico*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli 1988, p. 729. E nelle *Dottrine generali* ha sostenuto il «carattere costitutivo dell'atto come forma del negozio» (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1989[9], p. 135).

[6] G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 47, 196. Il diritto «non

essere dagli operatori pubblici e privati; ebbene, essa si realizza nello Stato di diritto in una «infinita serie» di giudizi di conformità «al sistema delle forme» del diritto. Attività giuridica, attività ermeneutica, formalismo giuridico, problema della conformità, princìpio di legalità, principio di legittimità tendono dunque ad ordinarsi in una serie di equivalenze.

Nello Stato legislativo liberale spettò al principio di conformità legale fornire il criterio di verifica della validità del processo interpretativo. E furono le categorie concettuali pandettistiche ad offrire gli strumenti tecnici più idonei per calcolare la misura della conformità al diritto dell'organizzazione soggettiva e dell'attività giuridica dei poteri pubblici e degli operatori privati. Una perfetta corrispondenza biunivoca legò assieme il principio di legalità formale dello Stato di diritto e il modellamento esclusivamente formale, la tecnicizzazione completa, la generalità, l'astrattezza, la fungibilità degli schemi pandettistici. In Germania e poi, soprattutto, in Italia la pandettistica risultò il modello teorico storicamente più adeguato alla rappresentazione scientifica del principio di legalità e quindi del formalismo dello Stato di diritto. «Se non ci fosse stato Windscheid non ci sarebbe stato Cammeo», affermò Francesco Carnelutti[7]. Ma senza Windscheid, senza l'ordine concettuale della pandettistica, non ci sareb-

è solo un ordinamento creato secondo un sistema di norme positive ma è anche un processo creativo, è cioè un sistema in movimento. ... il tema centrale del diritto come sistema in movimento è quello della interpretazione delle norme e degli atti giuridici» (F. Benvenuti, *Il diritto, scienza umana*, in «Jus», XXX, 1983, p. 348). Oltre ai lavori di Max Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma MCMXXVIII, ripubbl. Milano 1991; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, I-II, Milano 1955, e *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971[2]; G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino 1965; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, si vedano, da ultimo, anche le considerazioni di N. Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, in *Nuovi modi per la formazione del diritto*, Atti del Convegno internazionale. Roma, Consiglio nazionale delle ricerche, 2-3 giugno 1987, Padova 1988, pp. 477-489; e di A. Pizzorusso, *Cultura e politica nella produzione e applicazione del diritto*, in «Quaderni costituzionali», X, 1990, pp. 77-91.

[7] F. Carnelutti, *Federico Cammeo*, Firenze 1961, pp. 15-16.

bero stati né la scienza giuridica moderna né i 'nuovi' giuristi universitari – istituzionalmente dediti alla ricerca scientifica nelle università[8] –, né il loro progetto di predominio sulle altre fonti del diritto, né gli strumenti scientifici che in Italia consentirono, in effetti, di realizzare quella prevalenza per oltre un cinquantennio. Non ci sarebbe stata la costruzione scientifica del sistema giuridico che accompagnò il processo di statizzazione del diritto negli Stati nazionali a sovranità territoriale[9]: che dette sostegno e sostanza teorica allo statalismo giuridico, al positivismo giuridico, alla nascita del diritto pubblico moderno e del diritto amministrativo come luogo del conflitto tra autorità pubblica e libertà privata[10]; alla scissione gerarchica tra diritto pubblico e diritto privato, nella mutevolezza storica dei loro rispettivi confini causata dall'instabilità dell'equilibrio fra politica ed economia; alla

[8] Un gruppo sociale professionalmente impegnato nello svolgimento dell'attività di ricerca nelle Università, capace di elaborare sulla base del paradigma pandettistico una scienza giuridica autonoma articolata in una pluralità di discipline dotate di ambiti teorici specialistici. Esso pose fine all'egemonia dell'indirizzo esegetico. Segnò l'abbandono della scuola del commento, il superamento della subordinazione dello studio del diritto alle esigenze di un sapere tecnico-pratico-esegetico, di cui erano stati portatori soprattutto la pratica forense e gli apparati politico-amministrativi, v. A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979, pp. 155-224 e, in specie, 187-189; G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXIX, 1989, pp. 999-1001.

[9] G. BERTI, *Interpretazione*, cit., p. 18.

[10] E in quanto tale, forma giuridica assunta da quel «comando impossibile» proprio del progetto di governo liberale di cui ha parlato Romanelli (R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna 1988). Un diritto amministrativo «dominato da opposte esigenze», «bipartito» tra i diritti da garantire ai cittadini verso i pubblici poteri e le prerogative da assicurare alla pubblica amministrazione – nell'«attuazione dell'interesse pubblico indicato dalla norma» – contro le interferenze dei cittadini e del giudice (S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1989, pp. 33, 64, 93, 105, 242); S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna 1971, p. 44. Si veda anche quanto scrive sulle *Origini* e sulle *Vicende* del diritto amministrativo nel secolo scorso, M.S. GIANNINI nella voce *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, pp. 862-863.

profonda ambivalenza del diritto pubblico, in quanto arsenale di strumenti tecnici per l'affermazione delle forze politiche: «rivestimento formale» della «serie infinita degli atti d'imperio con cui i poteri pubblici si impongono alla società»[11]; ma anche – proprio perché «rivestimento» giuridico, forma giuridica del potere politico – vincolo di conformità legale, criterio di oggettivazione, limite del potere, possibilità di previsione, calcolo, conoscenza, controllo del suo operato da parte della società, presupposto dell'instaurazione d'un contenzioso amministrativo o giurisdizionale e garanzia, quindi, di libertà e di diritti individuali e collettivi. Secondo l'intima natura del diritto che, come ogni tecnica, – e in quanto tale «già 'potere' per se stessa» – può guidare il potere «nelle sue concrete esplicazioni, ponendosi in tal senso come limite all'autorità che ne dispone» o può «invece rafforzarlo come *strumento riservato* alla stessa autorità»[12].

In Italia, senza l'accoglimento della pandettistica, senza l'attività d'interpretazione della giurisprudenza e l'elaborazione teorica dei 'nuovi' giuristi universitari, non si sarebbe realizzato lo Stato liberale nelle forme in cui storicamente si avverò. Non si sarebbero attuati i concetti e gli istituti dello Stato di diritto liberale. Compiuta l'unità politica, furono i giudici e i 'nuovi' giuristi universitari a inventare lo Stato di diritto, a tirare su dalle malsicure fondamenta politico-legislative l'edificio dello Stato giuridico nazionale. Furono le formule e gli istituti giuridici creati dalla giurisprudenza e dalla dottrina e costruiti in sistema della scienza giuridica pandettistica a supplire alla mancanza di tradizioni amministrative unitarie. Le forme giuridiche unificarono l'apparato

[11] G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova 1986, pp. 185-186; dello stesso, *Interpretazione*, cit., pp. 28-29; dello stesso, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986, p. 228. V. anche U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna 1989, pp. 305-306, 483, 546-547; V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano 1988, pp. 481-500.

[12] F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in «Diritto processuale amministrativo», I, 1983, p. 445.

amministrativo dello Stato e garantirono continuità e ordine all'azione d'una burocrazia non «sufficientemente compatta, e consapevole del suo potere» come quella di altri paesi europei[13]. La dottrina giuridica assunse il ruolo di «diritto comune alle amministrazioni» dello Stato; elaborò un «*corpus* centrale di teorie del diritto amministrativo tendenzialmente comune alle varie branche dominate da legislazioni disparate»[14]; garantì l'interpretazione e l'applicazione della nuova legislazione statale secondo i medesimi schemi concettuali d'origine pandettistica; funse da «tessuto connettivo dell'intero ordine giuridico» nazionale[15].

All'ordinamento accentrato del nuovo Stato borghese, all'accentramento politico, amministrativo e legislativo[16], corrispose l'uniformità del modello scientifico pandettistico-civilistico e l'accentramento dottrinale della scienza giuridica nelle Università: unificata in tutte le Università del paese, al di là di ogni ricorrente velleità d'autonomia universitaria, dal postulato della tecnicità della scienza, dallo specialismo e dal formalismo giuridico, dall'accoglimento da parte dei nuovi giuristi universitari del paradigma scientifico pandettistico[17] e del progetto di «alleanza della scienza colla legislazione»[18]. I giuristi universitari si proposero come garanti del controllo scientifico di legittimità dell'operato della giurisdizione e dell'amministrazione e custodi dei criteri tecnici non solo di attribuzione di significato ai comandi del legislatore, ma anche di riconoscimento della validità del diritto

[13] G. BERTI, *Interpretazione*, cit., pp. 418-419; dello stesso, *Diritto e Stato*, cit., pp. 224-225.

[14] S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., pp. 176-177. «L'assenza di un codice fa sì che gli istituti del diritto amministrativo siano tutti frutti delle ricostruzioni della dottrina» (S. CASSESE, *Le basi*, cit., p. 55).

[15] G. TREVES, *Diritto amministrativo e diritto civile*, in *Scritti giuridici*, Milano 1982, p. 289.

[16] «Probabilmente, la costituzione dello Stato liberale ha il suo punto di forza nel carattere accentrato dei poteri» (G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., p. 229).

[17] G. CIANFEROTTI, *La prolusione*, cit.

[18] A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, Rimini 1983, pp. 53-54.

positivo, subordinato così ai risultati dell'interpretazione e costruzione scientifica.

L'interminabile dibattito svoltosi dall'Unità in poi nelle Università italiane riguardo al dilemma tra indirizzo professionale e indirizzo scientifico, e la scelta sempre ribadita, ad opera dei più provveduti, da Vittorio Scialoja[19] a Piero Calamandrei a Tullio Ascarelli[20], a favore della prevalenza dell'indirizzo teorico e scientifico, si rivela legato, oltre che a indubbie e durature ragioni culturali, al progetto di affermazione del predominio della scienza giuridica universitaria sulla pratica giuridica, della prevalenza dell'ermeneutica scientifica nei confronti della statuizione legislativa e dell'interpretazione e applicazione giudiziale e amministrativa.

Conviene dunque seguire l'elaborazione e lo sviluppo dei concetti e delle teorie ad opera della dottrina: l'identità conservata oppure le trasformazioni e i mutamenti subiti dai dogmi della pandettistica nel loro scorrimento trasversale da una disciplina giuridica all'altra, per cogliere la funzio-

[19] «L'Università deve essere scientifica, l'Università deve essere teorica» (V. SCIALOJA, *Ordinamento degli studi di giurisprudenza in relazione alle professioni*, in *Scritti e discorsi politici*, II, Roma MCMXXXVI, p. 208). «Tutti coloro che hanno qualche esperienza delle presenti condizioni della nostra magistratura e delle professioni forensi, sanno che ai giudici ed agli avvocati ciò che manca non è la pratica, alla quale attendono tutta la vita, ma la più profonda cultura teorica, che raramente hanno modo di acquistare fuori dell'Università e che è pure elemento sostanziale della pratica più sana ed elevata» (V. SCIALOJA, *Sul nuovo regolamento per la Facoltà di Giurisprudenza*, in *Scritti*, cit., pp. 192-197). Sulla posizione di Scialoja riguardo agli studi giuridici, v. G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la 'vertenza Scialoja'. Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in «Studi senesi», C, 1988, pp. 733-736.

[20] L'Università deve servire di «preparazione alla professione per mezzo dell'attività scientifica». «L'oggetto e il fine dell'insegnamento universitario ... dovrebbe restare, come ora è, il diritto studiato scientificamente, cioè sistematicamente». E ancora: «non si muta lo scopo scientifico della Università, la quale deve preparare non già buoni avvocati o buoni giudici (a ciò servirà poi il tirocinio professionale), ma solo, più semplicemente, buoni giuristi» (G. PASQUALI-P. CALAMANDREI, *L'Università di domani*, Foligno 1923, pp. XII, 262-263). «È la preparazione culturale che fa il buon pratico» (T. ASCARELLI, *Per una riforma della facoltà di giurisprudenza*, in «Il Foro italiano», LXXXIX, 1956, parte IV, col. 56).

ne culturale da essi svolta nelle vicende politico-giuridiche dello Stato unitario in Italia. Inizieremo in questo scritto dal diritto amministrativo, dalle forme giuridiche dell'attività amministrativa, da cui sempre gli studiosi tedeschi si erano mossi per pensare lo Stato. E che i teorici dello Stato amministrativo italiano[21], come Oreste Ranelletti, seguendo il loro insegnamento, reputavano «l'attività più ampia, quella fondamentale» e «continua», «la funzione prima nella vita dello Stato»[22]: «'Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht'; dies hat man anderwärts schon längst beobachtet», osservava Otto Mayer all'indomani del cataclisma provocato dalla Grande guerra[23].

## 2. *Soggettivismo e formalismo giuridico nel giudizio amministrativo di legittimità del provvedimento amministrativo*

Se noi studiamo la storia dell'analisi giuridica nella nuova scienza del diritto amministrativo italiano tra '800 e '900,

[21] Sul concetto di Stato amministrativo, v. M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XL, 1986, pp. 769-794; M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 311-346; *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari 1990, pp; 21-39; *Dottrina dello Stato persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA-P. GROSSI, Milano 1990, pp. 49-92. Sull'erroneità della formula Stato amministrativo, v. S. CASSESE, *Le basi*, cit., p. 11.

[22] «A cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate la legislazione e la giurisdizione» (O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli 1912, pp. 279-280).

[23] O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlin 1924, p. VI. «In Deutschland ist der Staat stets von der *Verwaltung* her gedacht worden. Unsere großen Theoretiker (Seckendorff, Justi, Mohl, Stein und Gneist) haben sich der Verwaltung gewidmet, während man Klassiker des Staaatsdenkens wie Hobbes und Locke, Montesquieu und Rousseau bei uns vergeblich suchen wird. Dementsprechend hat in Deutschland die Exekutive einen traditionellen Vorsprung vor anderen Staatsgewalten bekommen» (M. STOLEIS, *Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in «Nihon University Comparative Law», VI, 1989, pp. 19-20).

possiamo osservare che la struttura portante di tutte le qualificazioni giuridiche è il soggettivismo formale. Le figure della scienza del diritto amministrativo si basano sullo schema teorico del soggettivismo formale come su una comune struttura fondativa.

Colla recezione della pandettistica nella scienza giuridica italiana, il nucleo teorico fondamentale della dogmatica pandettistica, *das Rechtssubject*, il concetto di individuo creatore colla sua volontà del mondo del diritto, era diventato la struttura costitutiva dell'analisi in ogni disciplina giuridica trasmutandosi in un polivalente soggettivismo, del tutto formalizzato, ideologicamente reversibile, mimetico, funzionale ai differenti principi di ogni settore del diritto. L'individuo delle categorie romanistiche si era trasfigurato nel soggetto formale privato o pubblico, uomo o entità astratta, persona fisica o giuridica, che agiva in tutti i nuovi rami giuridici via via spuntati dal vecchio tronco del diritto civile ed era ritratto nelle nuove discipline che venivano a formare attorno all'antica romanistica-civilistica il sistema della scienza giuridica moderna. E in ogni disciplina il soggettivismo formale esercitava un'influenza decisiva perché rispondeva alle medesime ragioni del formalismo giuridico: appariva funzionale al rafforzamento del principio di conformità legale dell'attività giuridica.

Nella dottrina amministrativa della penisola fu l'elaborazione concettuale del processo amministrativo la vicenda teorica ove vennero a congiungersi soggettivismo e formalismo giuridico. La pandettistica italiana formulò le categorie della nuova scienza amministrativa soprattutto a partire, cronologicamente e logicamente, dall'istituzione nel 1889 della giurisdizione generale di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato. Gli anni della recezione del'a pandettistica nella dottrina amministrativa italiana coincisero infatti con quelli della creazione dei nuovi istituti della giustizia amministrativa, che perpetuarono la peculiare distinzione italiana tra diritti e interessi[24] e formarono il nucleo della

[24] Dedotta dall'interpretazione giurisprudenziale degli artt. 2 e 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865; ma già presente

grande riforma crispina delle pubbliche amministrazioni. Il giudizio amministrativo di legittimità di «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante» (art. 24) costituì il luogo privilegiato del connubio tra il soggettivismo formale e il principio di legalità formale. Nel giudizio di legittimità soggettivismo e formalismo giuridico furono saldati assieme e potenziati a vicenda dal carattere dello stesso oggetto del giudizio, dalla qualifica autoritativa del provvedimento amministrativo[25].

nei lavori preparatori della legge, si veda, ad esempio, la relazione parlamentare sul progetto Peruzzi (proposta di legge e relazione del Peruzzi, in Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, legislatura VIII, sessione 1863-64, pp. 199-201) presentata dal Borgatti il 9 maggio 1864 (Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, legislatura VIII, sessione 1863-64, documenti n. 9) e il successivo intervento sempre del Borgatti (Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, legislatura VIII, sessione 1863-64, prima tornata del 13 giugno 1864, pp. 2931-2932). Sul contributo del Borgatti, v. G. BERTI, *Amministrazione autonoma e giustizia amministrativa nella legislazione unificatrice del 1865: il contributo del deputato Francesco Borgatti*, in F. BENVENUTI-G. MIGLIO (edd), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonosti. Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza 1969, pp. 409-425. «La distinzione delle controversie concernenti i diritti da quelle concernenti gl'interessi era stata formulata per la prima volta in Italia nella relazione parlamentare Boncompagni al progetto presentato nel 1850 dal ministro Galvagno al parlamento subalpino per la restaurazione della giurisdizione unica» (A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino 1904, p. 306 n. 1; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I: *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano s.d., p. 397). V. ora sulla genesi della giustizia amministrativa in Italia, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985; «Archivio ISAP», NS 6, *Le riforme crispine*, Milano 1990, II: *Giustizia amministrativa.*

[25] «Sulla concentrazione – operata dalla legge del 1889 – sulla difesa del cittadino nella reazione all'atto amministrativo ha poi influito anzitutto la stessa impostazione che il problema della giustizia amministrativa aveva ricevuto con la legge del 1865» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1977, p. 81). Questa aveva abbandonato «tutte le discussioni (dottrinali e politiche)» della prima metà del secolo riguardo a «l''azione' dell'amministrazione in genere» e ai limiti della discrezionalità amministrativa, per considerare solo i singoli atti amministrativi. La legge del 1865 dette rilievo all'atto amministrativo «essenzialmente come limite alla competenza del giudice ordinario». Ciò condizionò il completamento del sistema della giustizia amministrativa, fissando l'«attenzione

La giurisdizione amministrativa di legittimità risultò l'accertamento obiettivo della conformità legale di un atto la cui speciale qualifica di imperatività, attribuitagli dalla giurisprudenza[26], derivava dalla qualifica soggettiva di pubblica autorità dell'autore dell'atto. I caratteri sostanziali dell'atto amministrativo formulati dalla giurisprudenza, accolti ed elaborati poi dalla dottrina, l'imperatività – col suo contenuto di degradazione dei diritti, di esecutività e di inoppugnabilità – e il suo collegamento coll'autotutela[27], manifestavano la posizione soggettiva sovraordinata dell'amministrazione pubblica rispetto a quella del privato, perché volta, per definizione perfettamente circolare, tautologica, alla tutela dell'interesse pubblico e assieme, reciprocamente, concorrevano a determinare i caratteri della stessa amministrazione pubblica come autorità. In questo andirivieni definitorio dall'atto al soggetto e viceversa, l'atto predicava la qualificazione giuridica autoritativa dei soggetti, come apparati di organi che producevano atti e trasferivano «sul piano dell'azione» l'idea della persona giuridica dello Stato[28]. La scomparsa dell'amministrazione come fenomeno burocratico dietro la totalitaria onnipresenza del giuridico ne fu un corollario[29]. In breve, la provenienza soggettiva degli atti amministrativi ne determinò la qualificazione autoritativa e questa,

degli interpreti e dei riformatori» sul settore degli atti amministrativi, escluso nella legge del 1865 dalla possibilità di tutela giurisdizionale. «Gli artt. 2, 3, 4, 5 della legge abolitiva prefiguravano così in negativo il tipo di processo cui darà vita la legge del 1889; il divieto del giudice ordinario di eliminare l'atto amministrativo segna fin dal 1865 il posto e la funzione del futuro giudice amministrativo» (*ibidem*, pp. 81-82; M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della Giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXII, 1972, pp. 1829-1834).

[26] M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «Rivista di diritto processuale», XVIII, 1963, pp. 530-536.

[27] M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 160, 188.

[28] G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in «Quaderni fiorentini», 11/12, 1982-83, p. 1028.

[29] G. BERTI, *Interpretazione*, cit., p. 494.

in maniera circolare, definì i caratteri dei soggetti pubblici autori degli atti e attribuì al giudice amministrativo la competenza ad accertare la conformità legale dei provvedimento.

Ma la qualifica imperativa del provvedimento amministrativo provocò anche la completa formalizzazione del processo amministrativo. L'oggetto del giudizio, il provvedimento amministrativo, impose la logica del proprio carattere imperativo[30] non solo all'intero «corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi», ma anche al sistema della giustizia amministrativa[31]. Come la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo aveva condensato «i principi informatori» di tutto il 'codice' amministrativo del 1865[32], così il giudizio amministrativo di legittimità del provvedimento amministrativo conformò a sé i giudizi di merito e di esclusività[33]; e le due leggi, assieme, sulla giustizia amministrativa del 1865 e del 1889, l'intera legislazione successiva.

La formalizzazione del giudizio amministrativo derivò necessariamente dal suo carattere di accertamento formale della conformità legale dell'atto amministrativo e dell'esercizio legittimo della discrezionalità amministrativa. Nonostante l'ampliamento della competenza del Consiglio di Stato –

[30] F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa*, cit., p. 212.

[31] M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pp. 532, 536; M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, p. 239.

[32] A cominciare dalla distinzione tra diritti e interessi ripartiti dagli artt. 2 e 3 tra autorità giudiziaria e amministrazione attiva. La legge sul contenzioso amministrativo del 1865 «raccoglie[va] e condensa[va] i principi informatori di tutte le altre leggi» di unificazione amministrativa emanate quell'anno. Esse ebbero l'effetto di una vera e propria «codificazione», da cui «sono stati fatti defluire, sul piano positivo, i principi e le regole di fondo di tutta l'amministrazione» (G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., pp. 235-236).

[33] F. BENVENUTI, *Mito*, cit., p. 212.

tramite la nozione dell'eccesso di potere – da giudice della «mera legalità amministrativa», della conformità dell'azione amministrativa alle previsioni di legge, a giudice della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale, il giudizio del Consiglio di Stato rimase limitato nell'ambito di un sindacato di carattere formale «della logicità e razionalità» dell'agire amministrativo. Al sindacato di legittimità sfuggiva la parte più importante dell'azione amministrativa discrezionale, il merito delle scelte compiute dall'amministrazione nella cura concreta d'un interesse pubblico. Il problema della legittimità dell'atto amministrativo venne tutto a coincidere colla forma dell'atto. La teoria dello Stato legislativo liberale, dell'amministrazione come «potere esecutivo» di leggi e dell'atto amministrativo come «provvedimento esecutivo» di leggi, il principio di legalità dell'azione amministrativa implicavano la riduzione del giudizio di legittimità a verifica delle qualità esclusivamente formali dell'atto[34]. Il giudizio amministrativo di legittimità divenne così l'istituto per eccellenza del formalismo giuridico, in quanto definizione del principio di legalità nei rapporti tra libertà dei cittadini e autorità amministrativa. Ma le garanzie individuali prestate ai cittadini dal giudizio di legittimità risposero perfettamente al genere di tutela ad essi assicurata dal principio di legalità formale in ogni altro istituto dell'ordinamento giuridico liberale.

Quello che nei terribili anni avvenire doveva nostalgicamente apparire come la sicurezza del «mondo di ieri»[35] non era stato che il prodotto del principio di legalità, del formalismo giuridico. Fu il formalismo giuridico, il principio di conformità legale dell'attività giuridica nei rapporti tra soggetti privati e tra cittadino pubblico e Stato a fare del «mondo di ieri» il mondo della sicurezza. Certo, i cittadini dello Stato

[34] V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in «Diritto processuale amministrativo», II, 1984, pp. 463-469, 477-480; G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXII, 1972, pp. 1885-1891.

[35] Ci riferiamo naturalmente al noto libro di memorie di Stefan Zweig, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Roma 1945.

di diritto liberale erano garantiti in quanto individui subordinati allo Stato[36]: «la conformazione e la attribuzione dei diritti individuali si faceva dipendere dallo Stato», i diritti erano collegati alla sudditanza, le pretese individuali al «riconoscimento della sovranità»[37]. Lo Stato venne descritto come persona giuridica, titolare unico della sovranità, fonte esclusiva tramite la propria volontà normativa dei diritti civili e politici degli individui e di «tutti i corpi morali» (art. 2 c.c.). Ma se le forme di quel sistema giuridico espressero «una condizione di sudditanza formalmente garantita», e crearono una più forte legittimazione giuridica del potere politico[38], esse costituirono anche per il cittadino pretese garantite verso lo Stato e una ragionevole controllabilità, storicamente progressiva, del potere pubblico. Il formalismo rappresentò la garanzia della certezza del diritto per tutti i rapporti pubblici e privati degli individui che vissero nel «mondo di ieri». Formalismo giuridico e soggettivismo costituirono una tutela storica reale della soggettività individuale, della persona umana, sia come uomo privato, sia come cittadino pubblico, nei confronti dei pubblici poteri nello Stato di diritto liberale.

Il giudizio amministrativo di legittimità appare dunque il nucleo più interno e dotato di maggiore forza produttiva di tutto il sistema del diritto amministrativo. Muovendo da esso l'ermeneutica giurisprudenziale e quella dottrinale hanno formulato una sequenza circolare di equazioni – che hanno poi svolto in ogni direzione, a partire da ciascuno dei termini che la compongono, – tra giurisdizione amministrativa di legittimità, atto amministrativo imperativo, soggettivismo formale, formalismo, principio di legalità e Stato di diritto liberale. Essa ha costituito il nucleo genetico del sistema del diritto amministrativo, scandito dalla dottrina secondo lo schema soggettivistico della pandettistica[39] – *das*

[36] G. Berti, *Diritto e Stato*, cit., p. 167.

[37] G. Berti, *Interpretazione*, cit., p. 276.

[38] G. Berti, *Diritto e Stato*, cit., p. 167.

[39] G. Berti, *Interpretazione*, cit., p. 221.

*Rechtssubject-die Rechtsgeschäfte* – nei principi dello Stato soggetto, 'persona giuridica', titolare di «una peculiare capacità d'agire», la 'sovranità'[40], i cui strumenti, gli 'organi', la esercitano nella forma di 'atti imperativi', posti in essere in «mera attuazione della legge» oppure secondo una specifica valutazione delle peculiarità del caso singolo, capace di fornire i criteri per la ponderazione comparativa e la scelta tra i diversi interessi perseguiti dalla legge[41]. Sicché i privati, cui pertengono gli 'interessi legittimi' coinvolti nell'azione amministrativa, possono adire la 'giustizia amministrativa'[42] per chiedere l'accertamento della conformità legale dell'atto amministrativo e della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale: per domandare al giudice amministrativo di accertare se eventuali vizi di 'incompetenza', 'eccesso di potere' o 'violazione di legge' abbiano inficiato l'esecuzione della legge e l'esercizio del 'potere discrezionale' da parte delle pubbliche autorità amministrative.

Di questa costruzione, fatta tutta di elaborazioni concettuali, che ha supplito all'assenza di norme sostanziali sugli atti e i procedimenti amministrativi e all'incertezza delle leggi sul processo amministrativo, la storia della costruzione dell'atto è gran parte. È la vicenda esemplare dell'attività interpretativa dottrinale dei risultati della giurisprudenza, sviluppatasi come un processo lineare di accumulazione di nozioni sulla base comune di una 'precomprensione' teorica soggettivistica d'impianto pandettistico. Una vicenda che si è svolta intorno a «un concetto e a un fatto», l'atto amministrativo, in cui, come è stato scritto, «confluivano tutti gli elementi

[40] A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I: Stato persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano 1986, p. 284.

[41] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, pp. 65-91; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit. Si veda ora G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova 1989.

[42] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano 1962.

componenti lo Stato liberale... si annullavano (salvo a risorgere altrove) tutte le contraddizioni del medesimo» e le stesse finalità liberali e garantiste della teoria parevano giustificare l'elaborazione anche dei caratteri illiberali e autoritari dell'istituto[43]. La formulazione della teoria dell'atto amministrativo mostra la capacità della nuova scienza giuridica universitaria di rielaborare gli enunciati della giurisprudenza e le farraginose disposizioni legislative, per esercitare un ruolo di direzione teorica nei confronti della pratica giurisprudenziale e amministrativa e della stessa legislazione, con perfetta idoneità a interpretare criticamente i fenomeni di trasformazione dello Stato di diritto in Stato amministrativo.

## 3. *Atto amministrativo, principio di legalità e paradigma pandettistico. Oreste Ranelletti allievo della scuola romanistica di Vittorio Scialoja*

L'atto amministrativo parve alla scienza giuridica italiana di fine secolo «lo strumento di attuazione della legalità» nell'esercizio del potere amministrativo[44]. Sembrò idoneo a fissare con certezza «ambiti oggettivi e soggettivi d'incidenza» delle attività delle pubbliche amministrazioni[45] e a costituire l'oggetto «materializzato ed unificato» della verifica giurisdizionale della loro legittimità[46]. Il concetto di atto amministrativo venne così a saldare insieme fino a farli coincidere – agli occhi della nuova dottrina universitaria – Stato di diritto e Stato legale[47]. Certo, i tre principi istituzionali in cui si suole riassumere il contenuto dello Stato di diritto, la sepa-

[43] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 83; S. CASSESE, *Le basi*, cit., pp. 336-337.

[44] M. NIGRO, *Problemi veri*, cit., p. 1834.

[45] *Ibidem.*

[46] V.E. ORLANDO, *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*, in *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano 1955, p. 222; dello stesso, *Principii*, cit., pp. 221, 259.

[47] S. FOIS, *La «riserva»*, cit., pp. 93-95; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, pp. 30-31.

razione dei poteri, il principio di legalità dell'azione amministrativa, «il principio (tendenziale) di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione», non produssero storicamente da soli l'atto amministrativo: si limitarono a determinarne «taluni caratteri positivi»[48]. La figura dell'atto amministrativo fu accolta soltanto nei paesi ove esisteva una tradizione di «precedenti ordinamenti generali positivi del tipo 'ad atto del principe'»[49]. Ma alla nuova dottrina giuridica italiana esso sembrò derivare direttamente dai principi dello Stato di diritto e, in specie, dal principio di legalità, dalla subordinazione dell'attività amministrativa alla legge.

Nella grande monografia sulle autorizzazioni e concessioni amministrative[50], con cui Oreste Ranelletti dette avvio in Italia alla costruzione della teoria degli atti amministrativi, la definizione del rapporto tra l'atto di autorizzazione o concessione e la legge è parte essenziale della definizione del concetto di autorizzazione o concessione amministrativa. «L'atto amministrativo è legale»[51]: nelle autorizzazioni la disposizione di legge costituisce il fondamento dell'atto che permette l'esercizio o l'acquisto del diritto, nelle concessioni rappresenta il fondamento o il limite dell'atto che crea il diritto[52]. Se in entrambe l'autorità amministrativa «ha sempre più o meno ampio un potere di libero apprezzamento,

[48] M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., pp. 159-160.

[49] *Ibidem*, p. 159.

[50] O. RANELLETTI: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in «Giurisprudenza italiana» (d'ora innanzi «GiurIt»), XLVI, 1894, parte IV, coll. 7-83; *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche» (d'ora innanzi «RISG»), XVII, 1894, pp. 3-100, 315-372; *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in «RISG», XIX, 1895, pp. 3-107, in «RISG», XX, 1895, pp. 255-337, in «RISG», XXI, 1896, pp. 77-172, 350-379, in «RISG», XXII, 1896, pp. 177-277.

[51] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 64.

[52] *Ibidem*, coll. 17, 33, 64; O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., pp. 7, 44-45, 333-334; dello stesso *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, pp. 270, 275-276.

un potere discrezionale nell'uso delle sue facoltà, che son definite, ma non regolate dalla legge», deve però emanare l'atto di autorizzazione o concessione «nel limite dei poteri conferiti dalla legge» e pel raggiungimento dello scopo «pel quale la legge ha ad essa concesso il potere». L'uso del potere per scopi diversi da quelli previsti dalla legge inficia la volontà manifestata con l'atto dall'autorità amministrativa per eccesso di potere e la potestà di accertamento della sua illegittimità «è pien[a] pel giudice amministrativo»[53].

L'eccesso di potere diventava il vizio tipico della discrezionalità amministrativa e ne garantiva il sindacato giudiziale, grazie proprio alla qualificazione giuridica del vecchio principio di «libertà dell'amministrazione» come potere discrezionale. Gli atti amministrativi potevano apparire così in quel saggio sempre limitati dalla legge in forza del principio di legalità. La definizione legislativa «del rapporto dell'atto coll'interesse generale o collettivo o pubblico» determinava assieme la tipicità del provvedimento e i limiti della discrezionalità dell'amministrazione[54]. E il legame tra discrezionalità amministrativa e legalità impegnò la sua riflessione anche negli anni avvenire, in cui Ranelletti condusse assai innanzi l'analisi del carattere strutturale del nesso tra potere discrezionale e atto amministrativo[55].

[53] O. Ranelletti, *Capacità e volontà*, cit., pp. 333-335.

[54] G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969, pp. 144 ss. n. 31; S. Fois, *La «riserva»*, cit., p. 118.

[55] A partire, come vedremo, dalla gravissima crisi di fine secolo dello Stato liberale e dinanzi al grande processo avviato dalla crescita dell'interventismo statale e dallo sviluppo delle pubbliche amministrazioni nell'età giolittiana, Ranelletti sembra accrescere l'impegno teorico volto a formalizzare concettualmente nella nozione di discrezionalità amministrativa il principio tradizionale di «libera attività dello Stato», nei confini segnati dal diritto obiettivo esistente e dall'«obbligo giuridico» dell'amministrazione di agire «nello e per lo interesse pubblico». «In questi limiti, ma solo in questi limiti, l'amministrazione è una libera attività dello Stato per i suoi fini» e non ha «bisogno di trovare il suo fondamento in una norma di diritto». Essa ha il dovere di soddisfare interessi collettivi, generali, di adempiere «compiti pratici dello Stato; epperciò sempre fuori dal diritto»; interessi e scopi accertabili cioè «solo con rilievi e valutazioni di fatto, non con l'interpretazione di norme giuridi-

È la qualificazione «legale» che inserisce l'atto amministrativo nella sequenza degli istituti del nuovo sistema del diritto amministrativo e consente di farli convergere tutti nella soluzione delle questioni poste dalle autorizzazioni e concessioni amministrative. Per costruire la loro teoria vennero mobilitati e utilizzati dal Ranelletti la definizione dei diritti privati subiettivi e dei diritti pubblici subiettivi[56], la nozione della discrezionalità amministrativa[57], la distinzione tra diritti e interessi legittimi[58], il confronto tra la competenza del

che». L'amministrazione non ha mai invece compiti formali «di esecuzione e applicazione del diritto al caso concreto» (*Principii*, cit., pp. 268-274, 364-373). La «libertà o discrezionalità amministrativa» è contrapposta alla libertà privata, all'autonomia dei soggetti di diritto privato comune, ma assieme la prima viene modellata concettualmente sulla seconda (*ibidem*, pp. 268-269, 403-405). Se questa è la nozione di discrezionalità amministrativa consegnata da Ranelletti ai *Principii* del '12, essenziale pare che in essi rimanga il collegamento tra legalità, come «regola del limite» dell'attività amministrativa, e discrezionalità amministrativa: rapporto che avrà poi la più risoluta ma anche illusoria affermazione nella dottrina giuridica italiana della prima metà del secolo, nella prolusione pisana del 1924 di Guido Zanobini su *L'attività amministrativa e la legge*, che giungerà a fare della legge la «regola» positiva «del contenuto dell'attività amministrativa» (G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, pp. 203-218; si veda sugli effetti dell'estensione «parossistica» del principio di legalità, S. CASSESE, *Le basi*, cit., pp. 315-317). Si veda anche l'affermazione del Mortati, criticata dal Giannini (*Il potere discrezionale* cit.), dell'esistenza di «limiti positivi alla discrezionalità», di criteri oggettivi di controllo, sia nel sindacato di legittimità, che di merito, della potestà discrezionale unitariamente intesa (C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma 1936; dello stesso, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1960, pp. 1098-1109). Per il mutamento del valore del principio di legalità da «regola del contenuto dell'attività amministrativa» a «regola di limite, che si inserisce nella dialettica dell'autorità e della libertà» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 87-89).

[56] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, pp. 178-252.

[57] O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., pp. 78-80, 88-89, 33-334; dello stesso *Facoltà create*, cit., in «RISG», XX, 1895, pp. 276-277, 331-333 e in «RISG», XXII, 1896, pp. 259-260.

[58] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII 1896, pp. 168-273 e, in specie, 252-263. E la descrizione del rapporto tra esercizio del potere discrezionale e interesse legittimo: «noi daremo il nome d'interessi legittimi ad una facoltà dipendente nella sua essenza dall'interesse

giudice ordinario e di quello amministrativo[59], e così via enumerando. Ma, al di là dell'impiego di singoli istituti e nozioni, erano il possesso e l'utilizzazione dell'intero ordine concettuale pandettistico che, mentre consentivano a Ranelletti la costruzione della teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, lo obbligavano ad affrontare il problema dell'atto amministrativo in termini dí conformità legale. Abbiamo posto sopra l'equazione tra principio di legalità, formalismo giuridico e pandettistica, ma ben nota è anche la formazione pandettistica di Oreste Ranelletti.

Allievo diretto di Vittorio Scialoja[60], uno dei padri della pandettistica italiana[61], si era addestrato ai precetti della nuova dottrina giuridica che veniva di Germania nei corsi di «Esegesi del *Corpus iuris*» tenuti dallo Scialoja nella scuola romana[62]. Sotto la sua guida aveva svolto la tesi di laurea in

pubblico, finché è lasciato all'autorità amministrativa il potere discrezionale d'apprezzamento (s'intende sempre dal punto di vista dell'interesse pubblico), dei requisiti subbiettivi ed obbiettivi necessari per l'esistenza di quella facoltà in quella data persona: quando cessa il potere discrezionale avremo il diritto subbiettivo» (pp. 159-160).

[59] O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., pp. 327-336.

[60] Sulla figura dello Scialoja, v. da ultimo G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena*, cit.

[61] V. ora G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando*, cit., pp. 995-1024.

[62] Più di una volta rammentati dallo stesso Scialoja: «Ricordo di aver fatto per molti anni all'Università di Roma un corso di *Esegesi delle fonti*, che aveva lo scopo» di guidare «all'opera che ciascuno degli studenti, con la forza della propria intelligenza» doveva fare. «Pochissimi erano gli iscritti, ma io avevo sempre presente un numero di studiosi molto superiore a quello degli iscritti, perché i giovani allettati dall'insegnamento ... i giovani più capaci vi accorrevano spontaneamente» (V. SCIALOJA, *Sugli studi giuridici e sulla preparazione alle professioni giudiziarie*, in *Scritti*, cit., p. 200). E in occasione delle *Onoranze ad Oreste Ranelletti* dirà: «in Ranelletti voi vedete un mio discepolo, di che cosa? Di esegesi del *Corpus juris*. E se voi diceste a qualcuno che non fosse giurista, che si impara il diritto amministrativo facendo l'esegesi del *Corpus juris*, questi ne sarebbe molto meravigliato, e penserebbe che forse è precisamente questa la via contraria, che vi porta invece a tutt'altra materia. Ma penserebbe una sciocchezza ... perché più volte il mio carissimo Ranelletti ebbe a dire e a dimostrare: 'Io ho sentito che i primi passi sulla retta via sono stati quelli della esegesi del diritto romano'» (V. SCIALOJA, *Onoran-*

diritto romano sulla *Volontà e sua dichiarazione tacita*[63] e ne aveva pubblicato una parte col titolo *Il silenzio nei negozi giuridici*[64]. Si trattò di una eccellente esercitazione scolastica sul classico tema pandettistico della prevalenza o meno della volontà interna sulla dichiarazione, ove Ranelletti aveva già modo però di mostrare ottima conoscenza delle fonti, capacità di analisi esegetica e sicurezza nella formazione dei concetti, tanto da potere optare con argomentazioni concludenti per la teoria, allora minoritaria, della prevalenza della

*ze ad Oreste Ranelletti*, in *Scritti*, cit., p. 318). E il Ranelletti, commemorando nel 1954 presso l'Accademia Nazionale dei Lincei Vittorio Emanuele Orlando, ricorderà nuovamente la sua origine romanistica e l'insegnamento dello Scialoja, da cui si era avviato allo studio del diritto pubblico: «Sulla via segnata da Orlando si pose presto in Italia la nuova generazione degli studiosi del diritto pubblico, determinati a ciò anche dall'indirizzo e metodo di studio, loro inculcato dai Maestri del diritto privato e soprattutto del diritto romano, nelle rispettive Università. Non tutti, infatti, quegli studiosi furono discepoli di Orlando; e da altri Maestri parecchi di essi ebbero quella educazione. Chi vi parla, non può, doverosamente, non ricordare con sentimento di affettuosa gratitudine, che i primi sicuri passi nello studio del diritto, l'indirizzo e il metodo da lui seguiti nell'insegnamento e nei propri lavori di diritto pubblico, furono quelli fatti e appresi nei Corsi di diritto romano e particolarmente in quello di *Esegesi del Corpus Iuris*, tenuto da quell'ineguagliabile e indimenticabile Maestro e giurista che fu Vittorio Scialoja» (O. RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», IV, 1954, p. 284). Le lezioni di «Esegesi» dello Scialoja affiancarono i suoi rinomati corsi di «Pandette». Tra essi, quelli sui «Negozi giuridici» servirono di «modello» a Ranelletti, come vedremo, proprio per lo scritto sulle autorizzazioni e concessioni amministrative. Lo ricorda lo stesso Ranelletti, dedicando a Vittorio Scialoja *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1934, V. Si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, p. 285; E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», IX, 1959, p. 271, n. 14; M. ROTONDI, *Cento anni di scienza del diritto in Italia*, in *Studi in onore di Carlo Emilio Ferri*, Varese 1973, p. 502, ripubblicato in *La science du droit au cours du dernier siècle*, Padova 1976, pp. 439-457; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 275-276, n. 67.

[63] P. CALANDRA, *Oreste Ranelletti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXVI, 1976, pp. 1138-1139.

[64] O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in «RISG», XVIII, 1892, pp. 3-34.

dichiarazione, dell'affidamento, sulla volontà interna del dichiarante[65]. Una fervida adesione ai propositi egemonici della nuova dottrina giuridica universitaria nei confronti della pratica giudiziale e amministrativa chiudeva il saggio[66].

Nel 1892, nell'anno in cui venne chiamato, su designazione dello Scialoja[67], a Camerino ad insegnare diritto amministrativo[68] ed iniziava così la carriera universitaria, era intervenuto nella discussione apertasi sul problema della competenza

[65] *Ibidem*, pp. 9-12.

[66] Con i principi formulati nel saggio «sarà quindi possibile decidere con giustizia e con facilità i casi, che potessero occorrere, senza essere *completamente* abbandonati all'arbitrio del giudice, come fin qui è stato ed è tuttora. E questo effetto, se si considererà ottenuto, mi pare più che sufficiente a giustificare studi, astratti quanto si vuole, ma di una utilità pratica immensa, e che in Italia non han trovato che qualche raro cultore». E ricorderà a questo proposito lo scritto del suo «illustre maestro», Vittorio Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma 1885 (*ibidem*, p. 34, n. 3).

[67] «Tra i giovani discepoli dell'Università romana, si segnalava allora un valoroso manipolo di studiosi del diritto romano, frequentatori non soltanto del corso di Pandette, ma delle lezioni di esegesi, nelle quali le esercitazioni fatte in comune intorno ad una tavola stringevano insegnante e studenti con vincoli indissolubili, non solo intellettuali, ma anche amichevoli. S'imparava assieme, oltre la tecnica dell'interpretazione del testo, anche l'arte del giurista nella sua più lata significazione, esaminando le questioni sotto tutti i loro diversi aspetti, onde da quel manipolo sono usciti non pochi dei più insigni professori di varie materie delle Facoltà giuridiche italiane. ... quando all'Università libera di Camerino, nella quale io avevo iniziato il mio insegnamento, mi fu domandata la designazione di un giovane, che avesse potuto occupare la cattedra di diritto amministrativo, io risposi: non saprei consigliarvi alcuno di coloro, che hanno titoli stampati in questa materia, ma ho qui, presso di me, un giovane, che desidera darsi all'insegnamento, e che, dedicandosi al diritto amministrativo, presto sarà tra i primi cultori di questa parte del diritto pubblico. La Facoltà di Camerino accolse il mio suggerimento, e così, dopo pochi anni, la mia profezia poté avverarsi» (V. SCIALOJA, *Oreste Ranelletti*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti nel XXXV anno d'insegnamento*, I, Padova 1931, pp. XIII-XIV).

[68] Si veda la dotta e impegnata prolusione camerte al corso di diritto amministrativo su *Un possibile sistema di pubblicazione delle leggi* (Avezzano 1892), in cui affrontò la questione dell'ignoranza della legge e della gravosità della presunzione generale della sua conoscenza nei moderni complessi ordinamenti come quello italiano, palesemente bisognosi, a suo parere, di riforme a questo riguardo.

della Quarta Sezione del Consiglio di Stato[69]. In risposta alla celebre *Nota* dello Scialoja, che aveva proposto di determinare la competenza in base all'oggetto della domanda, al *petitum*, – di far valere cioè i diritti soggettivi come interessi «per domandare *direttamente* l'annullamento dell'atto illegale alla Quarta Sezione»[70] – elaborò e introdusse nella dottrina italiana una più compiuta nozione di interesse legittimo[71], per ribadire la peculiare distinzione operata dal legislatore italiano tra diritti e interessi e vincolare il riparto delle giurisdizioni anche al criterio concorrente della *causa petendi*, al titolo su cui la parte lesa fonda la sua domanda.

In quel medesimo anno dette avvio agli studi sui *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*[72], che sarebbero culminati nelle vaste sistemazioni della materia del demanio pubblico apparse tra il 1896 e il 1899. Anche nei primi saggi sul demanio l'ordine concettuale pandettistico, appreso alla

[69] O. RANELLETTI, *A proposito d'una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892, seguito dalla nota *Diritti subbiettivi e interessi legittimi nella competenza. «Dubbi e chiarimenti»*, Città di Castello 1893 (estr. dal «Foro italiano», XVIII, 1893, parte I, coll. 470-486).

[70] V. SCIALOJA, *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in «Foro italiano», XVI, 1891, parte I, coll. 1118-1122, ripubbl. in *Studi giuridici*, V: *Diritto pubblico*, Roma MCMXXXVI, pp. 195-199; dello stesso, *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in «Giustizia amministrativa», II, 1891, parte IV, pp. 59-66, ripubbl. in *Studi giuridici*, cit., pp. 200-208. Sul significato delle tesi dello Scialoja, v. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «Rivista di diritto processuale», XIX, 1967, pp. 225-226.

[71] O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza*, cit., pp. 68-78. V. E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione. Appunti dalle lezioni*, Milano 1956, pp. 16, 63-64; dello stesso, *Intorno alla genesi*, cit.; M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., in «Rivista di diritto processuale», XIX, 1964, pp. 19-21; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 268-279.

[72] O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, Roma 1892 (estr. da «La legge», XXXII, II, 1892, pp. 244-252, 278-288, 315-324), seguito dalla nota *Natura giuridica della dotazione della Corona. Aggiunte e schiarimenti alla teoria sui caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, Città di Castello 1893 (estr. dal «Foro italiano», XVIII, 1893, parte I, coll. 822-837).

scuola dello Scialoja, costituiva l'ordito dogmatico su cui dipanò la trama degli scritti successivi sui beni demaniali. Soggetto del rapporto colla cosa patrimoniale o demaniale era lo Stato persona giuridica e il rapporto veniva qualificato sempre come un rapporto di proprietà individuale[73]. Dal patrimonio al demanio ciò che mutava era solo il grado, l'ampiezza del diritto di proprietà[74]. Nella successiva poderosa monografia sul demanio pubblico[75], sottolineò in parti-

[73] O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi*, cit., p. 8, n. 1. Ranelletti aderiva così alle tesi sostenute dallo Scialoja in una *Nota* a sentenza apparsa nel «Foro italiano», VI, 1881, parte I, coll. 1119-1124. In essa lo Scialoja, dopo un'ampia digressione storica sullo svolgimento del concetto di «cose pubbliche» e «cose comuni» dai glossatori in poi, aveva riferito della disputa accesasi in Germania tra gli scrittori di diritto comune sulla possibilità o meno di attribuire allo Stato la proprietà del demanio pubblico. La questione era stata fortemente agitata specialmente dopo la lite sorta tra i Cantoni di Basilea città e di Basilea campagna a proposito della proprietà delle fortificazioni di Basilea. Keller e Jhering avevano negato, contro l'opinione di Dernburg, Windscheid e della maggioranza degli scrittori successivi, che le cose pubbliche potessero essere oggetto di proprietà. Lo Scialoja aveva concluso invece: «io penso che le leggi, dalle quali oggi siamo governati in Italia, dichiarino nettamente la proprietà dello Stato» sulle «principali cose attribuite al pubblico demanio» (col. 1119).

[74] «C'è insomma un crescendo di ampiezza, di diritto, andando dal Demanio verso il patrimonio propriamente detto, una proprietà che, priva di tutti i suoi elementi estrinseci nel *primo*, li va acquistando mano mano, se si passa al *patrimonio indisponibile*, li ha tutti e diventa una piena proprietà nel *patrimonio disponibile*, e ciò può dare un nuovo argomento in favore della teoria, che sostiene essere un diritto di proprietà quello dell'Ente pubblico sul demanio, poiché se è veramente proprietà piena quella del patrimonio disponibile, e solo attraverso un passaggio graduale, attraverso uno staccarsi graduale di effetti della proprietà, si passa all'indisponibile ed infine al demanio, non è logico concepire un diritto sopra quest'ultimo diverso da quello, che esiste sopra il primo» (O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi*, cit., pp. 78-79).

[75] O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in «GiurIt», XLIX, 1897, parte IV, coll. 325-375, in «GiurIt», L, 1898, parte IV, coll. 113-217, in «RISG», XXV, 1898, pp. 1-55, 159-241, in «RISG», XXVI, 1898, pp. 43-66, 319-424. Alla monografia sul *Demanio pubblico* segue lo scritto *Della formazione e cessazione della demanialità*, in «GiurIt», LI, 1899, parte IV, coll. 1-62. Riguardo ai lavori del Ranelletti sul demanio pubblico, si vedano S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969, pp. 170-177; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, *passim*.

colare la natura di diritti pubblici subiettivi dei beni demaniali[76], il loro carattere di «diritti patrimoniali pubblici»[77] e la qualità di «diritti pubblici subiettivi relativi» delle facoltà di uso dei singoli sul demanio[78], criticandone[79], dietro l'insegnamento di Otto Mayer, – come avrebbe fatto anche Santi Romano ne *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*[80] – l'esclusione da parte dello Jellinek dal novero dei diritti pubblici[81]. Proprio in questi anni e in questi scritti Ranelletti e Romano facevano così circolare per primi in Italia l'opera di Georg Jellinek e di Otto Mayer[82].

[76] «Diritti privati reali e personali trasformati in pubblici dal diritto di impero che riguardo ad essi esercita l'ente pubblico, che n'è il subbietto» (O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio*, cit., in «RISG», XXVI, 1898, pp. 371-376).

[77] *Ibidem*, pp. 374, 381-382, n. 310, 423.

[78] In quanto dipendono dall'atto unilaterale di volontà dell'ente (*ibidem*, p. 381).

[79] Già nel lavoro sulle autorizzazioni e concessioni, v. O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, p. 252.

[80] S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano 1900, p. 211.

[81] G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i. B. 1892, pp. 72-73.

[82] Per la recezione dell'opera dello Jellinek, di cui il Codacci (A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli 1888, *passim*) aveva già utilizzato *Gesetz und Verordnung*, Freiburg im Br. 1887, bisogna ricordare assieme a *La Teoria dei diritti pubblici subbiettivi* del Romano, il lavoro sulle autorizzazioni e concessioni del Ranelletti (*Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, pp. 178-263), in cui Cammeo riscontrava «il più ampio riassunto» del *System* «per quanto riguarda la dottrina italiana» (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 192, n. 3). Se Ranelletti condivideva con Romano l'ammissione tra i diritti pubblici soggettivi dei diritti pubblici patrimoniali, si distaccava in diversi altri punti dalla teoria del Romano. Lo criticava, ad esempio, proprio per aver posto i diritti patrimoniali come qualcosa di separato da quelli «ideali». A suo avviso, gli *status* o condizioni giuridiche individuali, 'positivi' ed 'attivi', «non esauriscono tutti i diritti pubblici subbiettivi, ma, pur essendo essi stessi diritti pubblici subbiettivi, sono il *presupposto*, la *condizione* perché possano nascere nell'individuo tali diritti. Dato questo, poco importa che gli interessi, i quali si manifestano in questi *stati* siano ideali o patrimoniali». Vanno ricondotti tutti «all'uno od all'altro stato, secondoché emanano dall'uno o dall'altro, e [devono] avere la medesima qualifica giuridica, *civici*,

## 4. *La teoria delle autorizzazioni e concessioni amministrative. L'avvio della costruzione dell'atto amministrativo. Il ricorso alle nozioni e ai principi privatistici*

Quando, a partire dal 1894, Ranelletti volse lo strumentario teorico e tecnico pandettistico allo studio delle autorizzazioni e concessioni amministrative, poi del demanio pubblico e infine della polizia[83], interi settori dell'ordinamento giuridico italiano, sino allora cresciuti come sterminati «gineprai di norme complessi e intricati», vennero per la prima volta ridotti «nei freni della costruzione giuridica»[84] e finalmente conosciuti in maniera sistematica.

I risultati raggiunti dall'applicazione delle categorie pandettistiche al tema delle autorizzazioni e concessioni furono non solo il riordinamento di una branca legislativa amplissima e di grande importanza ma anche l'avvio della costruzione dell'atto amministrativo. Ancora una volta il modello tenuto presente dall'autore era stato un lavoro dello Scialoja, il noto corso sui «Negozi giuridici»[85] svolto all'Università di Roma nel 1892-93[86]. L'ambizioso fine ultimo del saggio era quello

oppure *politici*. Non vi è dunque ragione di porre i diritti pubblici patrimoniali come qualche cosa di separato da quelli ideali, come fa il Romano» (*La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato*, cit., parte IV, pp. 234-236, n. 4; O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio*, cit., pp. 381-382, n. 310; *Principii*, cit., p. 416). Sul significato dell'inclusione tra i diritti pubblici soggettivi dei diritti pubblici patrimoniali da parte del Romano (*La teoria*, cit. pp. 141-142, 209-220), v. M. Fioravanti, *Stato di diritto*, cit., pp. 314-323. Quanto all'opera di Otto Mayer, Ranelletti aveva utilizzato nella monografia sulle autorizzazioni e concessioni amministrative (*Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, pp. 202-203, n. 520; 241, 268, n. 654) la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (Straßburg 1886) e il contributo *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag* («Archiv für öffentliches Recht», III, 1888, pp. 3-86); e nella monografia sul *Demanio pubblico*, largamente ormai, anche il *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig 1895-96).

[83] O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., pp. 207-1256.

[84] M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., p. 203.

[85] V. *supra*, n. 62.

[86] Ripubblicato poi a Roma nel 1933 con prefazione di Salvatore Riccobono.

di iniziare la costruzione di «teorie parziali», relative a «singoli gruppi di atti amministrativi», per arrivare poi alla «costruzione di una teoria generale *completa* di *tutti* gli atti amministrativi»: «a quella meta che nel diritto privato è già così bene raggiunta colla parte generale intorno ai negozi giuridici»[87]. Nella letteratura amministrativistica europea una tale teoria mancava ancora: persino nella dottrina tedesca, «che per il sistema e per lo sforzo di costruire una parte generale del diritto amministrativo eccelle sulle altre», e di distinzioni e suddistinzioni degli atti amministrativi abbonda, «la trattazione ne è ancora poca ed insufficiente»[88]. Il Ranelletti pensava agli ultimi due grandi trattati giunti dalla Germania, al *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes* di Georg Meyer[89], la cui prima edizione era apparsa nel 1883, e al *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes* di Edgar Loening[90], che già aveva costituito il modello fedelmente riprodotto nel 1891 da Vittorio Emanuele Orlando nella partizione sistematica dei suoi *Principii di diritto amministrativo*[91].

[87] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 11. Ad essa giunse nel volume su *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, (v. *supra* n. 62), che conteneva nel secondo capitolo della prima parte proprio la teoria generale de *Gli atti amministrativi speciali*, pubblicata poi come libro a sé stante col titolo *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano 1945.

[88] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 11. In una lettera inviata ad Orlando nel 1896 per illustrare lo schema generale da adottare, a suo avviso, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Ranelletti scriveva che doveva essere separata e svolta sistematicamente «la Parte I come parte generale, di valore altamente scientifico, che non esiste nei grandi trattati francesi, ed è solo adombrata nei manuali più recenti; ed è monca in quelli tedeschi, come quelli del Meyer e del Loening». E che in essa avrebbe desiderato trattare dei «beni», e se ciò non fosse stato possibile, della «manifestazione di volontà degli enti pubblici». Orlando gli affidò, invece, «il tema della Polizia di sicurezza e dei costumi» (Archivio centrale dello Stato, *Carte Orlando*, b. 89, lettera datata Celano [Aquila] 22.9.96).

[89] G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, I, Leipzig 1893², pp. 29-35.

[90] E. LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884, pp. 225-246.

[91] Si confronti il sistema dei *Principii di diritto amministrativi* dell'Orlan-

La teoria degli atti amministrativi era dunque tutta, o quasi tutta, da costruire. Ranelletti vi pose mano seguendo la lezione appresa nei corsi dello Scialoja; e con tale perspicuità nella formulazione dei criteri costruttivi che questi avrebbero dovuto forse essere ricordati in una storia della costruzione giuridica nella dottrina italiana[92]. Il metodo della costruzione era «strettamente induttivo»: muoveva da una minuziosa e larghissima ricognizione e analisi esegetica delle fonti legislative, giurisprudenziali e dottrinali, relative alle «varie maniere di autorizzazioni e concessioni», per salire, astraendo e generalizzando, dagli «elementi particolari» alla formulazione della «teoria generale»[93].

Ma l'accoglimento della lezione pandettistica è ancora più visibile nella stessa definizione e sistemazione di tutti i profili dogmatici delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Le nozioni attinte ai *Trattati di Pandette* del Windscheid, di Julius Baron, del Vangerow, al *Sistema* del Savigny, alle *Istituzioni* del Serafini, ai *Corsi* dello Scialoja, e così via enumerando, tornano pressoché ad ogni pagina per le quasi settecento del saggio e determinano per analogia o per distinzione, per uguaglianza o per diversità, tramite argomentazioni *a simili* o *a contrario*, i contenuti della teoria dell'atto amministrativo[94]. L'astrattezza delle categorie del

do con quello del *Lehrbuch* del Löning, e quanto scrive Orlando del trattato del Löning nei suoi *Principii* (*Principii di diritto amministrativo*, Firenze 1891, pp. 32, 41) e nella circolare, indirizzata nel 1896 ai collaboratori del *Trattato di diritto amministrativo*, sulla necessità di uno studio prettamente giuridico: «Questa avvertenza poi ha una importanza specialissima per quanto riguarda le monografie attinenti all'amministrazione sociale e finanziaria, per le quali il difetto quasi assoluto di precedenti scientifici in Italia, rende maggiore il pericolo di scambiare la trattazione economico-sociale con quella giuridica, laddove scopo dell'opera nostra non è già un trattato di economia pubblica sul tipo di quello dello Schönberg, bensì di diritto amministrativo, sul tipo di quelli del Löning, del Meyer, del Laband e di tanti altri» (V.E. ORLANDO, *Per un trattato di diritto amministrativo italiano*, in «Archivio di diritto pubblico», VI, 1896, pp. 466-468).

[92] G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino 1965.

[93] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 11.

[94] Di avviso contrario è M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 96-97, 287, *passim*.

diritto civile, «come le forme nelle quali la volontà giuridica si traduce nel mondo esteriore», faceva sì che esse valessero pure nel diritto pubblico[95]. Ma il transito delle categorie civilistiche dal diritto privato al pubblico – reso più intenso anche dal crescente interventismo statale nella società – non riusciva per Ranelletti ad incrinare la «grande dicotomia» pubblico-privato. Le distinzioni si ponevano accanto alle analogie, le differenze giuridiche rimanevano. E si potevano ricondurre tutte ad una ragione fondamentale: essere il diritto pubblico il luogo d'esercizio del diritto d'impero da parte della personalità politica statale[96]. A ben vedere, era così lo stesso soggettivismo formale pandettistico che imponeva nell'analisi del Ranelletti il ricorso all'argomento *a contrario*, l'introduzione della distinzione tra categorie del diritto civile e del diritto pubblico e determinava la definizione giuridica delle autorizzazioni e concessioni amministrative. La necessità di tutelare e curare negli atti di autorizzazione e concessione «l'interesse pubblico» richiedeva che l'amministrazione pubblica operasse «come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela[va] la qualità di *atti d'impero* negli atti di concessione»[97] e di autorizzazione. Il soggettivismo formale pandettistico metteva in moto il solito circolo definitorio tautologico tra soggetto e atto: dalla definizione soggettiva della pubblica amministrazione come autorità in quanto volta alla cura dell'interesse pubblico derivava la qualificazione delle concessioni e delle autorizzazioni come atti unilaterali d'impero e, viceversa, la qualifi-

[95] O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio*, cit., in «RISG», XXVI, 1898, p. 424, n. 342.

[96] Essa si sommava – secondo le concezioni tradizionali della doppia personalità dello Stato e della distinzione tra atti di gestione e atti d'impero, ancora accolte in questi scritti dal Ranelletti (*Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., coll. 8-9) – alla «persona giuridica privata, che viene trasformata in pubblica dall'aggiungersi ad essa della capacità d'impero. Con ciò è ovvio che nel campo del diritto pubblico debbono potersi trovare gli stessi istituti giuridici del diritto privato, fin dove e come sono compatibili colle esigenze del diritto d'impero, e sempre da questo trasformati» (*Concetto, natura e limiti del demanio*, cit., in «RISG», XXVI, 1898, p. 424).

[97] O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 62.

cazione imperativa dell'atto predicava il carattere autoritativo del soggetto amministrativo[98].

La natura della autorizzazione e della concessione appariva dunque quella di «*un atto amministrativo propriamente detto*, quindi speciale, proprio, d'impero, unilaterale»[99], condizionato al consenso di coloro ai quali era diretto[100]. La dichiarazione di volontà del privato richiedente, che «provoca semplicemente l'emanazione dell'atto o l'accetta», costituiva «soltanto un'*azione*» lecita, un fatto giuridico volontario, non un negozio giuridico[101]. E se la concessione implicava degli obblighi pel privato, all'atto amministrativo unilaterale si sommava un altro distinto negozio giuridico: l'atto unilaterale di diritto privato con cui il singolo «si obbliga o espressamente o tacitamente a rispettare gli obblighi, che a lui importa la concessione; l'atto del privato e l'atto dell'amministrazione restano separati ed indipendenti l'uno dall'altro»[102].

Ciò che la consequenzialità tautologica dell'assioma soggettivistico escludeva era che i due atti e le due dichiarazioni di volontà pubblica e privata si potessero incontrare e unire in

[98] *Ibidem*, coll. 62-64; O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1894, pp. 7, 336; dello stesso, *Facoltà create*, cit;, in «RISG», XXII, 1896, pp. 272-273.

[99] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., col. 69.

[100] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, p. 273.

[101] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., coll. 69-70.

[102] Ma li unisce il fatto che «la concessione è la *causa obligationis* del privato: l'obbligazione del privato però non può costituire la *causa* della concessione, perché, questa, come atto d'impero, trova la sua causa negli scopi d'interesse generale, che l'ente concedente deve raggiungere; ma quella obbligazione serve come *mezzo necessario*, talora per raggiungere lo scopo principale della concessione, e sempre per raggiungere quelli secondari e concomitanti: e quindi l'assunzione di questi obblighi avrà sulla concessione, per la produzione degli effetti, la stessa importanza, che lo scopo, di cui è il mezzo del conseguimento, ha nella determinazione della volontà dell'autorità pubblica concedente. Questi obblighi poi, che le nostre leggi e i nostri regolamenti chiamano con frase generale *condizioni, considerati nell'atto di concessione*, sono in generale *condizioni risolutive tacite* della concessione, talora ne sono *modi*, e ne possono essere *condizioni risolutive espresse*» (*ibidem*, coll. 69-70).

un contratto: «non è possibile assolutamente parlare di contratti di diritto privato a proposito di concessioni»; né «è possibile parlare di contratti di diritto pubblico, sotto nessun punto di vista, e neppure di una figura mista dell'elemento autoritario e dell'elemento contrattuale»[103]. La diversa natura giuridica dei due soggetti, pubblico l'uno, privato l'altro, lo impediva[104].

Esegesi e costruzione, interpretazione di norme e formulazione d'istituti e principi iniziavano così il reciproco rimando sulle pagine del Ranelletti, in un movimento tutto interno all'orizzonte concettuale pandettistico. Ne derivò una specie di contrappunto continuo che sovrapponeva identità e antitesi, estensioni e distinzioni di categorie civilistiche e pubblicistiche nella partitura dell'intero saggio. Basti ricordare riguardo al *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni* il rifiuto della qualificazione di negozi giuridici usata dal Laband per gli atti amministrativi[105]; la somiglianza, richiamata dal Ranelletti, tra la nozione di autorizzazione e concessione e quella romanistica di privilegio, di diritto che derivava da una concessione speciale ed eccezionale del potere sovrano[106]; l'estensione dei principi sulla perfezione del contratto obbligatorio nel diritto privato comune ai contratti dello Stato, colle modifiche dovute al carattere procedimentale, non unico né istantaneo, della dichiarazione di volontà dello Stato; e la definizione *a contrario* rispetto ad essi dell'atto di concessione come «atto *unico* di dichiarazione», che «è *tutto* e *soltanto* nell'atto amministrativo che lo contie-

[103] *Ibidem*, coll. 62-63, 72-73. Riguardo all'esclusione ad opera del Ranelletti della possibilità di un contratto di diritto pubblico, v. S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano 1912, pp. 56-58, n. 2; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino s.d. [1965], pp. 29-30; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino 1984, p. 65; S. MUTI, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli 1984, pp. 161-165.

[104] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, p. 267.

[105] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., coll. 11-12, n. 4.

[106] *Ibidem*, col. 18.

ne»[107]; la distinzione tra la *causa obligationis* del privato e quella dell'ente pubblico[108]; il ricorso alle figure delle condizioni risolutive e dei modi, per determinare la natura giuridica degli oneri imposti al concessionario[109]; a quelle di negozio giuridico e di azione, per definire la dichiarazione di volontà del privato[110]; ai principi generali delle fonti delle obbligazioni, per sostenere che la dichiarazione di volontà del privato diventa irrevocabile e obbliga il dichiarante solo quando sia stata accettata dall'autorità pubblica[111]; e, infine, all'analogia posta tra gli elementi unilaterali delle autorizzazioni nel diritto privato e nel diritto pubblico[112].

Rispetto alla *capacità e volontà* nelle autorizzazioni o concessioni, si può accennare alla distinzione privatistica tra atti di amministrazione e atti di disposizione, applicata ai poteri esercitati dall'esecutivo nelle concessioni[113]; alle nozioni civilistiche di capacità naturale e d'agire, richiamate per i requisiti subiettivi delle autorizzazioni e delle concessioni[114], nonché a quelle di azione e di avvenimento[115]; alla recezione di tutta la teoria del diritto privato, relativa ai negozi giuridici e alle semplici azioni lecite, quando «la dichiarazione di volontà del singolo dà luogo ad un negozio giuridico o ad una

[107] *Ibidem*, col. 58.

[108] *Ibidem*, col. 60.

[109] *Ibidem*, col. 66.

[110] *Ibidem*, col. 69.

[111] *Ibidem*, col. 71.

[112] *Ibidem*, col. 80.

[113] O. Ranelletti, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1896, p. 44.

[114] *Ibidem*, pp. 76-78, 83-86, 94-100. E richiede rispettivamente, la prima, per le obbligazioni che sorgono *ex re*, da un fatto, e, la seconda, per quelle che hanno il loro fondamento nella volontà delle parti; una bipartizione dottrinale delle fonti delle obbligazioni, – cui Ranelletti aderisce (pp. 94-97) – contrapposta alla tradizionale quadripartizione giustinianea in contratti, quasi contratti, delitti e quasi delitti, recepita nel codice napoleonico e nel codice civile italiano del 1865.

[115] *Ibidem*, pp. 76-78, 83-88.

semplice azione di diritto privato»[116]; all'accoglimento – sulla base dello studio della interpretazione[117] e dei motivi[118] dell'atto amministrativo – della teoria della volontà, della prevalenza cioè della volontà dell'autorità amministrativa sulla dichiarazione, sull'affidamento del singolo, giungendo così ad una conclusione che è «assolutamente l'inversa di quella» accettata «nel campo del diritto privato romano»[119] col saggio *Il silenzio nei negozi giuridici*[120]; alla conseguente utilizzazione dello schema tracciato dalla pandettistica riguardo al rapporto tra potestà di volere, causa e motivi, per costruire le nozioni di discrezionalità amministrativa, come elemento strutturale del provvedimento amministrativo, e dell'eccesso di potere come vizio tipico della discrezionalità stessa[121]; alle somiglianze e alle differenze di natura e di funzioni poste tra le forme prescritte per i contratti e quelle delle concessioni e autorizzazioni[122].

[116] O. RANELLETTI, *Concetto e natura della autorizzazioni*, cit., col. 318.

[117] Tra le norme interpretative dei contratti e quelle delle leggi, valgono per Ranelletti, nel caso delle autorizzazioni e concessioni amministrative – in quanto «atti autoritari, emanati *iure imperii*, e che esorbitano quindi dalla sfera del diritto privato» (O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1896, p. 324) – le norme per l'interpretazione delle leggi. Esse dispongono che si rintracci «la vera intenzione del legislatore; e tutta l'efficacia della legge è regolata secondo questa reale volontà interna, anche ad onta della volontà che può risultare dalla dichiarazione» (pp. 326, 323-327). Sul concetto di interpretazione dell'atto amministrativo in Ranelletti si veda M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, pp. 202-204.

[118] A differenza del diritto privato, dove «in *generale* non si tien conto dei motivi» (O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1896, p. 328), essi assumono importanza nel diritto pubblico, quando hanno «avuto influenza sull'emanazione dell'atto amministrativo, in modo da essere veri *presupposti* della dichiarazione di volontà» (p. 335), la cui ricerca e conoscenza diviene indispensabile per la determinazione dell'eventuale vizio di eccesso di potere (pp. 334-335).

[119] *Ibidem*, pp. 322, 336, n. 1.

[120] O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, cit.

[121] O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1896, pp. 319-336. Si veda a questo riguardo, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 74.

[122] O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XVII, 1896, p. 336-372.

Per le *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni*, si veda il giudizio di inadeguatezza della figura del caso fortuito a risolvere tutti i problemi relativi al risarcimento dei danni: all'obbligo o meno dell'amministrazione a pagare l'indennità al concessionario, nel caso di sacrificio dell'interesse privato al pubblico[123]; il ricorso, per la determinazione del diritto sul sepolcro e sull'area nelle concessioni sui cimiteri comunali, alle nozioni di servitù prediale, proprietà e superficie, pur col richiamo delle differenze rispetto alle categorie privatistiche, dovute alla compenetrazione dell'interesse del concessionario cogli interessi pubblici[124]; il rinvio alle figure giuridiche delle condizioni risolutive espresse e tacite ed ai modi, per descrivere l'assunzione da parte del concessionario degli obblighi relativi alla causa o agli scopi concomitanti dell'atto di concessione[125]; e alle condizioni sospensive o risolutive espresse, riguardo alla «esistenza dei requisiti costituenti la capacità e la possibilità» della concessione[126]; l'accoglimento dell'istituto della prescrizione estintiva come uno dei casi di estinzione delle concessioni[127]; l'ammissione del principio di retroattività delle varie figure giuridiche delle condizioni, della causa, del presupposto, del motivo, quando influiscono sul momento della nascita della concessione; e di quello, invece, della irretroattività, rispetto alla vita, alla continuazione della concessione, per la quale «piuttosto ci s'impongono le norme relative all'efficacia del termine finale»[128]; la negazione, nel campo degli «atti amministrativi d'impero»[129], dell'obbligo dell'autorità amministrativa a pagare al singolo[130]

[123] O. Ranelletti, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XIX, 1895, pp. 33-34.

[124] *Ibidem*, pp. 54-72.

[125] O. Ranelletti, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XX, 1895, pp. 260-262.

[126] *Ibidem*, p. 263.

[127] *Ibidem*, pp. 272-273.

[128] *Ibidem*, pp. 296-300.

[129] *Ibidem*, pp. 307-308, n. 258.

[130] Nel quale essa abbia determinato colla sua dichiarazione la fiducia nel perfezionamento dell'obbligazione.

l'interesse contrattuale negativo, ammesso invece nel diritto privato in base alla teoria dell'affidamento[131]; il riconoscimento, negli atti amministrativi unilaterali di concessione, d'una figura analoga alla *culpa in contrahendo*, della *culpa in concedendo*, della «responsabilità *diretta* ed esclusiva» dell'amministrazione concedente per gli atti illeciti compiuti dai pubblici ufficiali[132], in violazione degli obblighi contratti dall'autorità pubblica[133].

Per quanto riguarda la trattazione delle *Facoltà del concessionario e dell'autorizzato di fronte all'interesse privato*, si può indicare il rinvio alla *condicio iuris*, alla condizione legale, come figura giuridica della clausola generale delle concessioni «salvi i diritti dei terzi», imponente il rispetto dei diritti dei terzi nella concessione[134]: essa esclude la responsabilità dell'amministrazione pubblica concedente verso i ter-

[131] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XX, 1895, pp. 307-308.

[132] Definiti dal Ranelletti, accogliendo la formulazione delle *Pandekten* di Julius Baron, «rappresentanti palesi, dichiarati dell'ente pubblico», che esternano una volontà propria, la quale deve essere riconosciuta dall'ente: una «rappresentanza nella volontà», dunque, non «nella dichiarazione di volontà» (*ibidem*, pp. 310-311). In seguito, colla recezione in Italia della teoria dell'organo, Ranelletti darà ad essa un importante contributo nel saggio *Gli organi dello Stato (concetti, natura, rapporti)*, in «Rivista di diritto pubblico», 1, 1909, pp. 17-22, 67-72, 123-134. Si veda sulla teoria dell'organo in Ranelletti, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive*, cit., pp. 215-229.

[133] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XX, 1895, pp. 308-315. Quando non vi sia «indeterminazione nella *misura dell'obbligo* dell'autorità pubblica non dobbiamo negare al potere giudiziario la competenza a giudicare della responsabilità dell'amministrazione pubblica anche nel campo del diritto pubblico, e non dobbiamo negare che a ciò possano servire l'analogia da materia a materia e i principi generali di diritto, naturalmente nei limiti innanzi segnati. E ciò appunto avviene nella responsabilità *per culpa in concedendo*, perché son determinati gli obblighi dell'autorità pubblica e i diritti del concessionario; cosicché il potere giudiziario potrà estendere *per analogia* le norme del diritto privato al caso nostro, *nei limiti già accennati*. Questi stessi principi si debbono ripetere per la *violazione degli obblighi assunti* nella concessione dall'autorità pubblica, quando non sia il caso della revoca o dell'adattamento» (p. 314).

[134] O. RANELLETTI, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXI, 1896, p. 84.

zi lesi nei loro diritti e imputa invece la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale al concessionario «*che esegue* l'atto di concessione»[135]; il ricorso ai principi del diritto privato relativi agli illeciti, per la determinazione della responsabilità del concessionario verso i terzi danneggiati: l'illegittimità della violazione del diritto, la produzione di un danno[136], la colpa come fondamenti dell'illiceità[137], la teoria jheringhiana della normalità dell'esercizio del diritto per la determinazione della possibilità di una lesione del diritto del terzo[138]; il rinvio al principio generale del diritto privato del termine finale, come maniera di estinzione anche delle concessioni e autorizzazioni[139], e a tutti i modi di estinzione dei diritti privati subiettivi creati dall'atto amministrativo[140]; la citazione delle corrispondenti norme del diritto privato, riguardo all'efficacia dell'estinzione della concessione sui diritti reali dei terzi[141].

Ed infine, per determinare la *Natura giuridica delle facoltà del concessionario e dell'autorizzato*, si deve rammentare almeno l'accoglimento della definizione di diritto soggettivo dello Jhering come interesse giuridicamente protetto, integrata, seguendo l'insegnamento dello Jellinek, colla conside-

[135] *Ibidem*, pp. 84-90.

[136] L'obbligazione per l'autore dell'atto illecito «si estende a tutto quel danno, che è una conseguenza immediata e diretta dell'atto illecito» (*ibidem*, p. 98).

[137] *Ibidem*, pp. 97-98.

[138] *Ibidem*, p. 113.

[139] *Ibidem*, pp. 152-153.

[140] *Ibidem*, pp. 157-159, n. 431.

[141] Se in seguito all'estinzione nessun diritto può sorgere o risorgere nell'ente pubblico, valgono «le norme del diritto privato sulle sorti dei diritti reali su cosa altrui, quando il diritto, di cui essi formano il limite, sia estinto»: «restano» cioè «così come erano», o «si trasformano nel diritto di proprietà, come nel caso dell'enfiteusi». Quando, invece, «l'estinzione del diritto del concessionario faccia sorgere o risorgere un diritto dell'ente che fa la concessione», abbiamo «una posizione analoga a quella, che abbiamo nel diritto privato nella proprietà *revocabile* e nella proprietà *pendente*» (*ibidem*, pp. 168-172).

razione dell'elemento della volontà, della *Willensmacht*, della potestà di volere teorizzata dal Windscheid[142]; il rimando ai trattati di Pandette, per la qualificazione giuridica della personalità dell'invidividuo[143]; l'utilizzo dell'elaborazione pandettistica, per lo studio delle facoltà giuridiche private create dalle concessioni sui beni demaniali e patrimoniali, compatibili colla destinazione della cosa[144]; l'adozione di «una terminologia dei romanisti tedeschi», per definire «concessioni reali e concessioni obbligatorie» le concessioni che creano rispettivamente diritti reali e personali[145].

A conclusione di questa rassegna meramente esemplificativa dei luoghi della recezione pandettistica nella monografia del Ranelletti, ci pare di poter concludere coll'autore che veramente, per la nuova dottrina amministrativa italiana di fine secolo, «tutto il diritto privato» doveva «essere un presupposto del diritto amministrativo»[146]. La genesi della nuova disciplina iniziò quando essa divenne capace di impadronirsi dei risultati della grande tradizione romanistico-civilistica. La scienza del diritto amministrativo nasceva, come sorgevano tra '800 e '900 tutte le nuove discipline giuridiche, perché i suoi fondatori avevano una formazione romanistico-civilistica ed erano così in grado di ricavare dal comune paradigma pandettistico una sintassi logica di forme astratte, un arsenale di strumenti dogmatici polivalenti idonei a ordinare e sistemare in strutture giuridico-formali le norme, i fatti, le situazioni giuridiche soggettive e i rapporti giuridici prodotti dalle trasformazioni della società e dello Stato.

Nel mutamento teorico e metodico tra la nuova e la vecchia dottrina del diritto amministrativo, una delle nozioni che ne segnava invece la continuità fu, all'inizio, la distinzione negli

[142] O. Ranelletti, *Facoltà create*, cit., in «RISG», XXII, 1896, p. 183; G. Jellinek, *System*, cit., p. 42. Accoglieva la definizione dello Jellinek anche Romano (*Sistema*, cit., p. 123).

[143] *Ibidem*, p. 192.

[144] *Ibidem*, pp. 233-235.

[145] *Ibidem*, p. 251.

[146] O. Ranelletti, *Capacità e volontà*, cit., in «RISG», XIX, 1894, p. 97.

enti pubblici della persona politica o pubblica, che agiva come autorità ed emanava «atti d'impero», e della persona privata o giuridica, che entrava nel commercio giuridico privato come soggetto patrimoniale per porre in essere «atti di gestione», negozi di diritto privato[147]. Intendere le ragioni

[147] O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni*, cit., coll. 8, 9, 52, 62; dello stesso *Facoltà create*, cit., in «RISG», XX, 1895, p. 312. E ribadiva quella distinzione anche in una lettera inviata ad Orlando – datata «Celano (Aquila) 3.10.96» – ove accettava di svolgere per il *Trattato di diritto amministrativo* il tema de *La polizia di sicurezza*: «Per me è necessario dividere nettamente tutta la parte di attività, in cui gli enti amministrativi si presentano come pure persone politiche, agiscono *iure imperii*, da quella, in cui si presentano come persone giuridiche, agiscono *iure gestionis*. Nelle prime abbiamo diritto amministrativo, nelle seconde diritto civile o commerciale, che in molte materie può essere anche governato da regole speciali. E qui si può parlare di diritti reali, di obbligazioni, di successioni, coi *principî del diritto privato*, salvo deroghe; là di diritti coi principî del diritto amministrativo; per i primi si parlerà di patrimonio, di contratti, ecc.; per i secondi di demanio pubblico, di atti amministrativi, siano autorizzazioni, siano concessioni, siano ordini, siano divieti, ecc. Ora questo è diritto amministrativo in modo principale, non complementare, e chi dovrà trattare della navigazione, delle strade, ecc., dovrà occuparsi delle varie maniere di atti amministrativi. La parte complementare potrebbe essere costituita dal diritto civile speciale, ma questo non è più diritto amministrativo» (Archivio centrale dello Stato, *Carte Orlando*, b. 89). È noto che la distinzione tra le due specie di atti, d'impero e di gestione, già svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi, aveva costituito il criterio seguito in alcune decisioni dal Consiglio di Stato come giudice dei conflitti e solo parzialmente recepito dal giudice ordinario per ripartire la competenza tra pubblica amministrazione e magistratura ordinaria. Anche se, in verità, «finché il giudizio supremo sui conflitti fu affidato al Consiglio di Stato, 'fino al 1877 cioè', non fu tanto in base a questa teoria, quanto in ordine al principio della inesistenza di diritti subbiettivi pubblici e alla tendenza a ravvisare dovunque poteri discrezionali dell'amministrazione e meri interesi dei cittadini, che l'azione» del cittadino contro gli atti amministrativi venne esclusa. «Da quando il giudizio sui conflitti fu deferito alla Cassazione di Roma a Sezioni unite, le oscillazioni furono particolarmente sensibili: in un primo periodo dal 1878 al 1890 prevalse l'idea che la distinzione non fosse criterio di competenza; in un secondo periodo dal 1890 al 1900, forse sotto l'influsso della nuova legislazione che per i cosidetti atti d'impero accordava il rimedio dei ricorsi contenziosi, prevalse invece l'opinione opposta: dopo il 1900 si è ritornati alla prima sentenza, massime in conseguenza delle critiche dottrinali. Ma in nessun periodo se non è mai scomparso il pregiudizio che quella distinzione possa avere relazione colla competenza, non si è mai obliterata del tutto

del superamento di questa divisione nell'opera del Ranelletti è un altro passaggio necessario a ripercorrere la vicenda della costruzione dell'atto amministrativo.

## 5. *Il superamento della teoria della doppia persona, politica e privata, degli enti pubblici e della distinzione tra atti d'impero e atti di gestione. Il nuovo concetto di 'pubblico' nel diritto. La permanenza e la predominanza anche nel nuovo diritto amministrativo e nello 'statalismo' dei giuristi del modello della libertà degli individui privati*

Nel 1905, nel contributo agli *Studi in onore di Vittorio Scialoja* dedicato proprio alla *Distinzione degli atti d'impero e di gestione*[148] e nella prolusione pavese su *Il concetto di pubblico nel diritto*[149], la svolta è già compiuta. Questa si realizzò con l'accoglimento della teoria dell'unicità della persona pubblica statale[150] e colla sostituzione del principio dello

la giusta nozione che la lettera e lo spirito della legge del 1865 conducono ad ammettere l'azione anche contro i cosiddetti atti d'impero» (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 821-822). Si veda ora P. GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in «Archivio ISAP», NS, 6, *Le riforme crispine*, cit., pp. 45-47.

[148] O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto - pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, pp. 703-736.

[149] O. RANELLETTI, *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in «RISG», XXXIX, 1905, pp. 337-354. Si veda anche O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, I, Napoli 1906, pp. 247-258.

[150] «Lo Stato è uno, è la unità costituita dal popolo politicamente ordinato su di un dato territorio, per il raggiungimento dei suoi scopi di conservazione e di benessere. E se a questa unità, cui si giunge per un'astrazione, si riconosce capacità giuridica e quindi personalità, è ovvio che la persona non può essere che una, perché l'unità è una sola. Lo Stato è un organismo giuridico, che ha come attributo suo essenziale la sovranità, è quindi persona giuridica pubblica attiva per eccellenza. E tale rimane e non diventa mai *persona* giuridica privata, anche quando per i suoi atti sia soggetto al diritto privato» (O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio*, cit., pp. 719-720). Nella dottrina italiana avevano già ne-

«scopo pubblico», inteso quale fine perseguito dallo Stato e dagli altri enti pubblici minori, a quello dei mezzi, dei poteri coattivi d'impero da essi adoperati, come criterio assorbente di determinazione della loro natura di persone giuridiche pubbliche[151]. Entrambe le teorie miravano a raggiungere il

gato fondamento sostanziale nel moderno «Stato libero» alla distinzione tra atti d'impero e atti di gestione e respinto «la bipartizione della personalità dello Stato in politica e giuridica», L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I: *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano s.d., pp. 150-154; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale (Aquiliana)*, I, Roma 1886, pp. 354-362; V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, VIII, parte seconda, Torino 1895-1898, pp. 861-864; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato*, cit., III, Milano 1901, pp. 436-441; S. ROMANO, *Principii*, cit., pp. 515-519; C. VITTA, *Giustizia amministrativa*, Milano 1903, pp. 35-38; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 37, 812-824.

[151] Il criterio di identificazione della natura giuridica degli enti pubblici, illustrato da Ranelletti ne *Il concetto di «pubblico»*, cit., pp. 344-354, venne così sinteticamente definito, dieci anni dopo, nel saggio sulle *Persone giuridiche pubbliche*: «Sono, adunque, pubbliche tutte le persone giuridiche, destinate a soddisfare interessi pubblici e che lo Stato considera attive anche nel proprio interesse, in quanto per mezzo di esse mira a raggiungere scopi, che sono anche suoi. L'esistenza di questi due elementi importa l'esistenza di un rapporto fra lo Stato e la persona giuridica, rapporto che in quanto è riconosciuto dal diritto obiettivo, è giuridico. E da esso derivano, per la persona giuridica un obbligo verso lo Stato di raggiungere il suo scopo, attuare la propria finalità, per lo Stato un diritto corrispondente verso la persona giuridica a tale attuazione. Quell'obbligo riguarda il centro stesso della personalità dell'ente, la sua destinazione. L'ente è obbligato verso lo Stato ad attuare la propria destinazione» (O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», VIII, 1916, pp. 341-342). Siffatta nozione d'ente pubblico e l'impiego d'una serie di «segni esteriori» di riconoscimento della natura pubblica delle persone giuridiche consentivano a Ranelletti di passare in rassegna gli enti pubblici (pp. 344-352) e privati (pp. 353-357) sino ad allora istituiti. All'obbligo verso lo Stato di attuare la propria finalità, aveva ricollegato la ragione della natura pubblica della persona giuridica Heinrich Rosin: 'Öffentliche Genossenschaft' ist diejenige Genossenschaft welche kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist» (H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg i.B. 1886, p. 18). La nozione del Rosin fu accolta da Fadda e Bensa (C. FADDA-P.E. BENSA, *Note dei traduttori*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Torino 1902, pp. 791-801) e da

medesimo risultato istituzionale e dottrinale: svincolare la funzione amministrativa dello Stato dal solo esercizio del potere d'impero, di comando e di coazione, a fine di ampliare i confini del diritto pubblico amministrativo per abbracciare la crescente attività d'intervento, di erogazione di servizi, di promozione sociale ed economica dello Stato[152].

È pur vero che la cesura con i tradizionali motivi delle due persone dello Stato non fu subito netta. Ranelletti rinunciò alla teoria delle due persone dello Stato, pubblica e privata, ma difese in un primo tempo, rifacendosi all'insegnamento di Giorgio Giorgi[153], quella della duplice personalità, intesa come duplice capacità giuridica, pubblica e privata, dell'unica persona giuridica pubblica dello Stato[154], per abban-

Cammeo (*Commentario*, cit., p. 652). Venne respinta invece dallo Jellinek (*System*, cit., pp. 250-254) e dal Romano (*Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, parte I, II e III, Milano 1911, pp. 459-460, ma la voce del Romano risale al 1896) per adottare, invece, come criterio di distinzione delle persone giuridiche pubbliche, la titolarità di diritti pubblici subbiettivi, di diritti politici all'esercizio di funzioni statuali.

[152] La sostituzione del criterio teleologico dello «scopo pubblico» a quello costituito dalla titolarità del potere d'impero, come mezzo di riconoscimento della natura pubblica dell'ente e dei suoi atti, non serviva invece ad uscire dal circolo definitorio tautologico imposto dal soggettivismo formale pandettistico. Se rompeva il «circolo vizioso» tra soggetto e atto, – come lo chiamava Ranelletti ne *Il concetto di «pubblico»*, cit., p. 353 – lo mutava nell'altro tra soggetto e scopo, tra atto e scopo, in cui il carattere pubblico della natura giuridica dello Stato e delle altre persone giuridiche pubbliche derivava dallo «scopo, che *ne forma*[va] *la destinazione*, di provvedere agli interessi generali della società» (p. 353); e, all'inverso, la natura pubblica degli interessi collettivi, che costituivano lo scopo degli enti pubblici, discendeva dall'essere stati posti dal soggetto pubblico Stato «fra i propri fini» (p. 354).

[153] O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio*, cit., p. 722, n. 1; G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, II: *Parte speciale. Lo Stato. Personalità giuridica: patrimonio privato e contratti dello Stato*, Firenze 1891, pp. 15-74.

[154] Già nello studio dedicato a *Il disconoscimento della personalità negli atti amministrativi e privati illeciti*, Torino 1899; apparso in precedenza in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, III, Torino 1898.

donare poi anch'essa nei *Principii di diritto amministrativo*[155], incalzato dalle critiche di Romano e di Ugo Forti[156].

Quanto alla locuzione atti d'impero e atti di gestione, già nel saggio del 1905 scriveva che «la si può anche abbandonare, per sostituire ad essa l'altra di 'atti amministrativi', designando poi col nome di 'atti giuridici privati' gli atti di gestione»[157]. Quel che premeva a Ranelletti era di non limitare la funzione amministrativa dello Stato, l'attività pubblica delle persone giuridiche pubbliche, il diritto pubblico e l'atto amministrativo all'esercizio della potestà coercitiva, ma estenderli a tutta la nuova attività sociale pubblica[158]. Ciò che importava era di chiedere un nuovo regolamento di confini nei confronti del vecchio diritto civile a favore del nuovo diritto pubblico amministrativo:

«non è necessario e neanche possibile ridurre le forme di manifestazione della potestà pubblica al comando e dare reciprocamente al diritto civile la enorme ampiezza di contenuto, che aveva sotto il regime dello Stato assoluto. Ormai nello Stato moderno è ben possibile avere un regolamento giuridico dei rapporti tra Stato e individuo, senza ricorrere al diritto civile. Bisogna quindi ridurre questo dentro i confini, che la natura dei rapporti esige, e restituire al diritto pubblico, in base allo stesso criterio, tutta la materia che ad esso è propria»[159].

[155] «È però opportuno abbandonare tale espressione, perché, usandosi comunemente la parola personalità anche nel significato di *persona*, essa può produrre equivoci» (O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 397 n.).

[156] S. ROMANO, *Il comune*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, parte prima, Milano 1907, p. 569, n. 2; dello stesso, *Principii*, cit., pp. 605-609; U. FORTI, *Contributi alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino 1906, pp. 186-188, n. 15.

[157] O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio*, cit., p. 731.

[158] «Così sono pubbliche non solo l'attività legislativa e la giurisdizionale e quella di amministrazione nella funzione giuridica, ma ancora l'attività amministrativa nella funzione sociale, anche quando essa si esplichi senza alcuna coazione sulle persone, cui si dirige. E sono, perciò, atti e fatti amministrativi le azioni, in cui questa attività si concreta» (O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 383).

[159] O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio*, cit., pp. 731-732.

E questa «materia» si dilatava dinanzi agli occhi del giurista, tanto quanto cresceva l'intervento dello Stato nella società. L'ampliamento dell'attività statale era seguito di pari passo dall'estensione del diritto pubblico.

«Le vie e i confini», i «limiti» e le regole della nuova attività pubblica dello Stato e della «libera sfera d'azione dei cittadini» erano segnati dal diritto, erano dunque «giuridici»[160]. Lo Stato amministrativo rimaneva per Ranelletti saldamente «giuridico», Stato di diritto, «sottoposto al diritto e dal diritto ... regolato e limitato»[161]. Ed era proprio dalla teoria dello Stato di diritto, inteso come Stato che si autolimita per creare il «diritto di libertà» dell'individuo; che limita col diritto la propria sfera di attività e circoscrive la libertà giuridica dell'individuo; che si pone come «coesistenza di limiti»[162], che Ranelletti derivava consequenziariamente la nozione di «libera attività dell'amministrazione» pubblica[163]; di potere discrezionale della pubblica amministrazione come facoltà di «apprezzamento subbiettivo ... delle esigenze de-

[160] O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., pp. 248-261; *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, Macerata 1899, p. 26; *Per la distinzione degli atti d'imperio*, cit., pp. 718-719.

[161] In esplicito disaccordo con chi come Luigi Raggi riteneva il concetto di Stato di diritto «ormai superfluo; ma ci sembra», scriveva Ranelletti (*Principii*, cit., p. 142 n.), «senza motivi sufficienti». Il Raggi nella prolusione camerte del 1907 aveva ridotto la storia dello Stato di diritto a *La parabola di un concetto*. Una nozione divenuta ormai «superflua per la scienza», perché incapace di dar conto dei nuovi assetti acquisiti dalla società e dallo Stato; dell'ampliamento continuo dell'azione dello Stato nella società e dell'ingresso della società nello Stato. Lo Stato di diritto, concludeva il Raggi, «fu un motto di battaglia» del liberalismo giuridico ottocentesco, che «tentò di ridurre la politica a diritto», mentre agli inizi del nuovo secolo si doveva ormai riconoscere che «il diritto non assoggetta a sé la politica»: «il diritto non è che un duttile e rispettato strumento nelle mani delle correnti sociali» e politiche (L. Raggi, *La parabola di un concetto*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino. 1907-1908*, Camerino 1908, pp. 59-62).

[162] O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 200. Secondo la tradizionale concezione giuridica liberale, ove si avvertivano ancora gli echi degli originari motivi kantiani.

[163] *Ibidem*, p. 258.

gli interessi collettivi»[164]; dell'atto amministrativo quale manifestazione di quella «libera attività» ed esercizio di quel potere discrezionale all'interno dei «confini» segnati dalla legge.

«Come l'individuo si muove liberamente nell'interno della sfera di attività, che il diritto gli riconosce e protegge, guidato in questo suo operare soltanto dalla ragione del suo interesse personale, secondo i criteri della morale, del costume, della saviezza, così l'autorità amministrativa deve considerare il diritto solo come la barriera esteriore, il limite della sua attività. E in questo limite, che si attua nella legge e nella sentenza del giudice, essa deve agire liberamente, con libera determinazione, per curare il bene pubblico»[165].

Il potere discrezionale si saldava coll'atto amministrativo, ne diveniva un elemento strutturale, in perfetta coerenza con i principi individualistici e soggettivistici della tradizione giusprivatistica. Il libero esercizio dell'attività dell'autorità amministrativa andava tutelato, entro i confini fissati dalla legge, come quello dei privati. «Dentro la sfera del limite giuridico l'amministrazione trova il solo limite e la sola norma della sua azione nei criteri di convenienza e di opportunità amministrativa, cioè nella convenienza ed opportunità del suo agire pel migliore raggiungimento del suo scopo»: che è quello del «bene generale della società e dello Stato»[166]. A garanzia della libera esplicazione dell'attività amministrativa, Ranelletti invocava lo stesso art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile: il canone dell'interpretazione restrittiva delle leggi penali e di quelle «che restringono il libero esercizio dei dirit-

[164] O. Ranelletti, *Principii*, cit., p. 365; *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 28; *La polizia di sicurezza*, cit., p. 257; *Il concetto di «pubblico»*, cit., p. 342.

[165] «Così l'atto amministrativo può essere giudicato dal punto di vista del *diritto* solo per quanto riguarda il limite dell'attività dell'amministrazione pubblica che in quell'atto si è manifestata, mentre può essere solo apprezzato dal punto di vista della convenienza ed opportunità per quanto riguarda il contenuto dell'azione amministrativa» (O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 254).

[166] *Ibidem*, pp. 254, 266.

ti»[167]. E rendeva così un'altra testimonianza di quanto fortemente avvertisse «il senso del collegamento tra le normative», – «uno dei tratti metodologici di base della pandettistica, che affluiva alla problematica dell'unità del diritto»[168].

Certo, la discrezionalità veniva dal Ranelletti, come abbiamo visto[169], concettualmente distinta dall'autonomia privata. La particolare applicazione nello Stato di diritto del principio di legalità (nominatività e tipicità) all'attività autoritativa della pubblica amministrazione, l'inderogabilità di tutte le norme relative all'esercizio in concreto del potere amministrativo e il vincolo del potere amministrativo al perseguimento dello scopo di interesse pubblico differenziavano la discrezionalità amministrativa dall'autonomia privata[170]. Distinguevano gli atti amministrativi dagli atti negoziali dei soggetti di diritto privato e spiegavano il sorgere accanto al diritto civile del diritto amministrativo come diritto pubblico. Ma la libertà d'agire e di scelta della pubblica amministrazione, pur distinta dall'attività privata dei soggetti di diritto civile, riusciva ad essere pensata e teorizzata dal Ranelletti solo sul calco di questa[171].

Le fondamenta del nuovo diritto pubblico venivano gettate anche su principi costitutivi del diritto civile. Come questi erano posti a garanzia della libertà degli individui e delle loro attività, quelle erano messe a sostegno della «libera attività» delle amministrazioni pubbliche. Ancora una volta le categorie civilistiche passavano dal diritto privato al pubblico per essere impiegate come materiali da costruzione del nuovo diritto amministrativo. Il nuovo diritto pubblico amministrativo fondava la sua autonomia nei confronti del diritto privato ricorrendo, in maniera apparentemente para-

[167] *Ibidem*, pp. 259.

[168] «Che nella pandettistica era inizialmente esaltato dalla quasi inseparazione tra diritto romano e diritto civile» (M.S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Milano 1990, p. 35).

[169] V. *supra* n. 55.

[170] O. RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 403 ss.

[171] *Ibidem*, pp. 268 s.

dossale, all'ordine concettuale pandettistico, ai modelli soggettivistici e volontaristici tramandati proprio dalla tradizione romanistico-civilistica. E le stesse qualificazioni autoritative dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione parvero dettate a fine di garantire, accanto alla nuova legislazione amministrativa, la conservazione dell'autonomia e dell'ordinamento formalmente paritario delle libertà private sancite dal codice civile. La tutela dell'interesse pubblico, dell'interesse statale – che giustificava la posizione soggettiva sovraordinata dell'amministrazione pubblica rispetto ai privati, la sua definizione come autorità, – consisteva precipuamente nella salvaguardia dell'«armonia» tra i diritti e la libertà degli individui privati e la sempre più ampia «attività sociale» svolta dallo Stato.

Se lo 'statalismo' della scienza giuridica italiana faceva formulare a Ranelletti il noto enunciato che «il punto logico di partenza non è la libertà ma lo Stato»[172], era però nei confronti dello Stato «creatore del diritto di libertà», «tutelatore di ogni libertà», che veniva recitata la professione di fede statualista[173]. La natura di siffatta libertà era determinata sia per l'individuo che per lo Stato dalla nozione della libertà privata propria della tradizione giuscivilistica: il suo esercizio doveva svolgersi, entro i confini segnati dal diritto, «secondo la legge dell'eguale libertà, contenuta nella formula della giustizia»[174] dettata dalla vecchia degnità kantiana. Spettava allo Stato il compito di intervenire nella società e di attuare «la formula della giustizia»[175]. L'inadempimento di

[172] O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 28; *La polizia di sicurezza*, cit., p. 258.

[173] O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., pp. 28, 31. «Creatore del diritto di libertà» perché unica fonte del diritto. Ripetutamente il positivismo legislativo del Ranelletti batteva anche in queste pagine sulla derivazione di tutto il diritto dallo Stato (pp. 10, 16-17).

[174] *Ibidem*, pp. 8, 17-19, 31.

[175] Nel «suo elemento positivo», coll'intervenire nella società per «sviluppare tutte le facoltà dell'individuo ... integrando la sua energia ... Lo Stato, quindi, deve fare solo ciò che l'individuo è inabile a fare da sé .... Ciò potrà importare forme collettive in molti servizi, che sono o diventeranno pubblici, ma non sopprime l'individuo» (*ibidem*, p. 12). E nel «suo lato negativo», col tutelare «con la *prevenzione*», la «integrità delle

quell'obbligo da parte dell'amministrazione pubblica[176] e del potere legislativo[177] parve a Ranelletti, nel travaglio della gravissima crisi di fine secolo dello Stato liberale[178], non lasciare altra speranza, di edificare in Italia lo «Stato moderno libero» e di garantire in esso la «libertà civile», che l'accoglimento delle tesi del sonniano *Torniamo allo Statuto*[179].

singole sfere giuridiche» individuali, sicché «tutti prestino ossequio ai dettami del diritto e agiscano nella propria sfera giuridica, senza violare quella degli altri». I mezzi di prevenzione sono costituiti dalla dissuasione esercitata dalla stessa attività di repressione, dagli interventi statuali di promozione sociale ed economica del paese e, infine, dalla «attività di polizia»: «La prevenzione di polizia è l'ultimo, ma assolutamente necessario, mezzo, con cui lo Stato può assicurare l'attuazione della formula della giustizia nella società» (pp. 12-16).

[176] Gli «interessi di classe, e peggio personali e di clientela, cozzanti ed in antagonismo tra loro», dividono la società italiana e originano «lotte faziose, per angusti e bassi interessi partigiani, cinismo, illegalità, corruzione, sopraffazione, anche nell'amministrazione, che è partigiana, mentre dovrebbe essere serenamente obiettiva, indipendente da interessi di classe o di partito. E di qui la sfiducia nelle istituzioni, l'allontanamento dalle urne e dalla vita pubblica dei migliori, l'asservimento e lo sfruttamento dei molti da parte dei pochi, scaltri e cattivi, che intristiscono il nostro paese, soprattutto nelle amministrazioni locali dei nostri minori comuni del mezzogiorno» (*ibidem*, pp. 22-23).

[177] Che non rispondeva ai «principi ideali» della «concezione giuridica dello Stato», per i quali «l'elettore, nel proprio voto, deve ispirarsi all'interesse generale del popolo, scegliendo le persone più idonee a dirigere l'azione dello Stato»; e «l'eletto rappresenta non il corpo elettorale, che lo ha scelto, ma tutta la nazione, e, libero da pregiudizi e interessi di classe o peggio personali o di clientele, esso deve valutare i bisogni generali del popolo e trovare i mezzi adatti a soddisfarli» (*ibidem*, p. 21).

[178] Il discorso inaugurale sul *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* fu letto dal Ranelletti nell'Università di Macerata il 5 novembre 1899.

[179] «Occorre stabilire un complesso di istituzioni politiche il quale assicuri che la espressione della volontà fatta dagli organi legislativi a nome dello Stato, segua veramente il movimento, che si compie nella coscienza giuridica e politica del popolo, e sia l'espressione dei bisogni e interessi generali del paese. In ciò noi italiani molto dobbiamo confidare nella forza della funzione regia, fuori del dibattito dei partiti e delle classi, anche quando questo dovesse importare, per rendersi possibile, l'abbandono della forma parlamentare di governo per tornare veramente allo Statuto, cioè al governo costituzionale» (O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 24).

La riforma del Parlamento[180] e il ritorno alla prerogativa regia dovevano servire a tutelare l'«armonia» tra le «libertà» dell'individuo, della società e del nuovo Stato amministrativo[181]. La libertà degli individui privati costituì la giustificazione ideale e il modello teorico dello 'statalismo' dei giuristi anche nelle più travagliate vicende che accompagnarono il tramonto del 'mondo di ieri'.

[180] Coll'introduzione non del suffragio universale – «generosissima idealità ed aspirazione», però anche «nobile illusione» di rappresentare un mezzo e una garanzia sociale – ma della «rappresentanza proporzionale degli interessi collettivi» del paese: «proporzionale alla importanza loro per la collettività» (*ibidem*, pp. 23-24).

[181] *Ibidem*, p. 31.

*Sezione seconda*

# Associazione e partito

# Dalla restaurazione all'età liberale. Per una storia del concetto di associazione in Italia

di *Marco Meriggi*

Nella stampa periodica e nella pubblicistica dell'Italia della restaurazione ci si imbatte con discreta frequenza in una locuzione dal significato più allusivo che chiaramente esplicitato. E, tuttavia, quando leggevano nelle rubriche di cronaca della «Rivista europea» o nelle pagine dei trattati di Melchiorre Gioia dell'importanza dello 'spirito d'associazione' per i progressi dell'incivilimento[1], ai contemporanei risultava probabilmente immediato il riferimento a tutta una trama di situazioni di fatto che costituivano tratto usuale del loro quotidiano.

Commercianti e uomini d'affari pensavano verosimilmente di primo acchito alle società per azioni e di capitali che, specie a partire dagli anni '40, si stavano imponendo come strumento moltiplicatore dell'attività economica; mentre nobiluomini, professionisti, possidenti correvano col pensiero alle società ricreative e a quelle di cultura, ai gabinetti di lettura e ai *club* nei quali da qualche lustro avevano preso l'abitudine di spendere parte della giornata, in adesione al gusto tutto proprio dei «moderni» di unirsi in associazione «con altri individui, sia in ragione dei propri interessi ... sia

[1] Per i riferimenti alla letteratura dell'età della restaurazione significativa in tal senso, cfr. M. MERIGGI, *Lo «spirito d'associazione» nella Milano dell'Ottocento*, in «Quaderni storici», XXVII, 1991, n. 2. Per un'area diversa da quella lombarda cfr. però anche G. BOCCARDO, *Dizionario della economia e del commercio*, 6 voll., Torino 1857-63, I, p. 236: «L'associazione è una delle più potenti forze dell'economia sociale. Nell'era nostra lo spirito d'associazione è più potente, più propagato, meglio diretto che nelle epoche anteriori».

semplicemente per occupare il proprio tempo nel modo più conforme alle proprie inclinazioni e fantasie»[2].

I dizionari della lingua italiana, tuttavia, in quell'epoca offrivano ancora una lettura prevalentemente retro-orientata del lemma 'a s s o c i a z i o n e' attribuendo ad esso un significato ora funebre (associazione al lutto), ora tutto circoscritto al mondo della stampa (associazione come sottoscrizione preventiva per un periodico o per un libro, in modo da consentirne una pubblicazione programmata)[3].

Negli stati preunitari quasi ovunque il diritto d'associazione risultò sottoposto a una normativa che era d'origine napoleonica. Fatto salvo l'esplicito divieto per le associazioni di carattere politico (oltre che per le associazioni segrete *tout court*), era consentito fondare un circolo, un *club*, un casino solo dopo aver presentato alle autorità costituite lo statuto societario, corredato della lista degli aderenti. Assolto quest'obbligo, la concessione o meno del permesso restava poi

[2] Traggo la citazione di Constant da U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna 1989, p. 65. La storiografia sull'associazionismo come fenomeno specificamente ottocentesco è ormai ricca di titoli. Il miglior contributo teorico in proposito resta a mio avviso quello di TH. NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert* (1972), ora in TH. NIPPERDEY, *Gesellschaft, Kultur, Theorie. Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte*, Göttingen 1976, pp. 174-205. Per una rassegna relativa alla produzione tedesca e francese cfr. comunque il mio, *Associazionismo borghese tra '700 e '800. Sonderweg tedesco e caso francese*, in «Quaderni storici», XXV, 1989, pp. 589-627. Tra i titoli comparsi più di recente, particolarmente significativo in relazione alla tematica specifica qui affrontata è il contributo di W. HARDTWIG, *Verein (Gesellschaft, Geheimgesellschaft, Assoziation, Genossenschaft, Gewerkschaft)*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, VI, hrsg. von O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK, Stuttgart 1990, anch'esso dedicato alla storia del concetto (in Germania).

[3] Così in N. TOMMASEO-B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, Torino 1929[7], nel *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, Firenze 1863[5], in G. RIGUTINI-P. FANFANI, *Vocabolario italiano della lingua parlata*, Firenze 1875. In G. GHERARDINI, *Supplemento a' vocabolarj italiani*, Milano 1852, il lemma è svolto invece soltanto nel senso di associazione in materia libraria. Nei dizionari sopra citati si ha naturalmente anche un'accezione di associazione come nesso tra persone, *tout court*, e in questo caso si esemplifica ricordando che la massima associazione è lo Stato.

per altro pienamente soggetta alla cangiante discrezionalità dei governi, i quali di fatto si regolarono in proposito in modo assai vario a seconda dei periodi e delle situazioni locali.

Rispetto a questo sistema, basato sull'autorizzazione preventiva e percepito dall'opinione pubblica di ispirazione liberale come gravemente lesivo delle auspicate libertà fondamentali dei cittadini, lo Statuto albertino del 1848 introdusse una rilevante modificazione. Fino al 1859 ne avrebbe goduto i benefici il solo Regno di Sardegna; ma, dopo quella data, fu l'intera penisola, e per tutta la durata dell'età liberale, ad avere per riferimento normativo in materia di associazione le prescrizioni dell'articolo 32 dello Statuto in tema di «adunate».

L'articolo in questione recitava: «È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senza armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica». Una formulazione sibillina e poco articolata, nella quale delle associazioni non si parlava neppure in modo esplicito. Il diritto che ne scaturì, tuttavia, a differenza di quello vigente nella stessa epoca in Francia, in Germania e in diversi altri paesi del continente[4], situava teoricamente la prassi associativa in un contesto maggiormente garantista di quello caratterizzato dal regime dell'autorizzazione preventiva e dall'obbligo di deposito degli statuti e degli elenchi dei soci presso le autorità di polizia, salvo affidare la fissazione dei limiti *de facto* del diritto d'associazione (di adunata, di riunione) alla discrezionalità del potere esecutivo, comunque sottoposto a sua volta al sindacato parlamentare. «Questa disposizione – si poteva leggere ancora nell'articolo 32 – non è applicabile alle adunanze nei luoghi pubblici od aperti al pubblico, i quali rimangono interamente soggetti alle leggi di polizia».

[4] Per un quadro comparativo della legislazione coeva europea cfr. A. Brunialti, *Associazione e riunione (diritto di)*, in *Digesto italiano*, IV, parte II, Torino 1893-99, pp. 1 ss. e G. Arangio-Ruiz, *Associazione (diritto di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, parte IV, Milano 1895, pp. 863-999; nonché L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, III, Firenze 1880, pp. 165 ss.

Tra il 1848 e l'unificazione nazionale, nel Regno di Sardegna, il diritto d'associazione conobbe probabilmente il suo periodo più luminoso, sulla spinta della sollecitudine per le libertà civili che il nuovo governo costituzionale si preoccupava di mostrare. Il regime di Carlo Alberto veniva così offrendo concreta soddisfazione a quella che, durante la stagione immediatamente prequarantottesca, era stata richiesta ricorrente dei gruppi di opposizione ai governi in carica. Appena varcata la soglia dell'Unità, tuttavia, il quadro mutò profondamente.

Da vanto e fiore all'occhiello garantista, il tema dell'associazione nella seconda metà del secolo si tramutò infatti essenzialmente in problema di ordine pubblico. Dalle aule parlamentari, dove di diritto d'associazione si discusse in varie occasioni, ai trattati dei giuristi, che al tema accordarono attenzione adeguata, a più riprese le voci ufficiali della nazione intervennero in proposito.

Di quei dibattiti sono state offerte di recente due sintesi acute e ben documentate, una di impostazione prevalentemente storico-giuridica, l'altra più sensibile a un registro storico-politico[5]. Il tentativo che si intende qui perseguire – presupponendo la ricostruzione delineata dai contributi poc'anzi ricordati – è quello di leggere le medesime fonti a partire da un angolo visuale storico-concettuale e di dedicare perciò attenzione privilegiata al piano dell'intreccio tra discorso politico-giuridico e mutamento dei dati materiali della realtà associativa nella penisola, dall'epoca preunitaria a quella liberale.

Nei lustri contraddistinti dall'urgenza garantista, prima avanzata nella semiclandestinità dei suoi propugnatori (restaurazione), poi concretamente tradotta in prassi legislativa (decennio preunitario nel Regno di Sardegna), il concet-

[5] Si tratta rispettivamente di P. RIDOLA, *Democrazia pluralista e libertà associative*, Milano 1987, e R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti. L'ordine e la libertà*, comparso in tre puntate in «Nuova rivista storica», LXXIII-LXXIV, 1989-1990, e ora disponibile in volume autonomo, Città di Castello 1990.

to di associazione gravitò all'interno di un'area semantica sostanzialmente afferente al tema dell'i n d i v i d u o e della sua l i b e r t à.

Il pensiero liberale italiano, piuttosto debole nelle sue formulazioni ideali[6], non espresse in quell'epoca una propria riflessione originale sulla vita associativa, ma certamente la definizione di Benjamin Constant che abbiamo ricordato poc'anzi ben si presta a interpretare la percezione del fenomeno allora corrente tra quanti nella penisola – gentiluomini, mercanti, professionisti – ne furono i concreti protagonisti.

Questi ultimi costituivano un insieme sociale decisamente esclusivo ed elitario. A Milano, forse nell'Italia della restaurazione il centro urbano più intensamente contraddistinto dalla presenza di istituzioni associative formalizzate, lo spirito d'associazione si irradiava su non più di un migliaio di persone, quando la città contava tra i 121.600 (1816) e i 184.920 (1859) abitanti[7].

Associarsi significava dunque sì per costoro praticare un'esperienza di mutua relazione libera e volontaria, perché tendenzialmente priva di pregiudizi cetual-corporativi e frutto dell'iniziativa individuale dei singoli, ma anche, al tempo stesso, dar vita a un accadimento civile squisitamente d'*élite*, a un gioco raffinato riservato a pochi adepti, i quali si cooptavano l'un l'altro all'interno di spazi chiusi e inaccessibili ai più, vuoi per i meccanismi ascrittivi previsti dagli statuti, vuoi per l'elevatezza dei canoni societari. Era perciò naturale che, sulla base di simili presupposti, la percezione del fenomeno da parte di chi lo praticava risultasse inscritta all'interno di coordinate largamente i n d i v i d u a l i s t i c h e.

Gli interpreti dello s p i r i t o d' a s s o c i a z i o n e sapevano di non essere m a s s a; meglio, sapevano che proprio la pratica associativa costituiva uno dei tratti che li differenziava sostanzialmente dalle masse. L'associazione risultava pertanto, nel loro sentire, un modulo essenziale delle prati-

[6] Cfr. in proposito U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit.

[7] Cfr. M. MERIGGI, *Lo «spirito d'associazione»*, cit.

che di l i b e r t à, la forma di autoorganizzazione civile che di per sé delimitava quanti ne fossero partecipi sia rispetto allo Stato sia nei confronti dei gruppi socialmente subalterni. Le virtù dell'i n d i v i d u o, l'esplicitazione delle sue libertà in termini di interrelazione complessa ma circoscritta, assumevano un valore sostanziale per l'appunto in quanto privilegio di un'area sociale ristretta. Sia nel Piemonte costituzionale sia in seguito, per alcuni decenni, nell'Italia liberale a quel medesimo esclusivo *milieu* sociale sarebbe stato attribuito, come è noto, il monopolio della rappresentanza in parlamento e con esso l'opportunità di vigilare sulle eventuali minacce portate dall'esecutivo a quel diritto d'associazione, che era stato sin lì considerato come un caposaldo della fierezza liberale.

Rispetto a questo tipo di percezione, caratteristico di un'epoca durante la quale il liberalismo era stato forza d'opposizione o appena si era avviato alle sue prime responsabilità di governo, il quadro politico-sociale proprio della fase post-unitaria apportò scosse inquietanti e un quasi repentino mutamento di accezione.

Quando il parlamento del Regno d'Italia si trovò a discutere di diritto d'associazione, lo fece infatti sempre in relazione all'attività organizzata di aree politico-sociali che non si identificavano con il paese legale, con il liberalismo forza di governo, ma che, al contrario, costituivano entità antisistemiche. Una rapida ricognizione delle occasioni dalle quali scaturì l'interessamento del parlamento per il problema ci aiuta a collocare il tema nella giusta prospettiva[8].

Il primo dibattito in proposito ebbe luogo nel 1862, in seguito all'istituzione, da parte di Garibaldi, dei cosiddetti «comitati di provvedimento» e sfociò nello scioglimento, da parte del governo, di oltre 500 società emancipatrici in tutto il territorio nazionale. Per tutta l'età della destra, durante la quale le disposizioni dello Statuto vennero interpretate assai

[8] Per la ricostruzione dettagliata dell'andamento dei dibattiti cui qui ci si riferisce cfr. soprattutto R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti*, cit.

severamente, così che, malgrado le proteste dell'opposizione, «*la libertà di riunione e di associazione fu soggetta a continue limitazioni*»[9], la minaccia associativa si rivestì in larga prevalenza di panni repubblicani. La sinistra si era sin lì – specialmente nelle discussioni del 1873, per bocca di Cairoli – battuta per una interpretazione quanto più possibile garantista delle norme statutarie. Non appena si trovò al governo, una parte di essa assunse tuttavia come propri i medesimi criteri praticati dalla vecchia maggioranza. Nel 1877 Nicotera ordinò infatti lo scioglimento di tutte le associazioni internazionaliste, anche se l'anno successivo, in occasione del congresso repubblicano di Roma, Cairoli e Zanardelli consentirono la libera ricostituzione di associazioni repubblicane; un'iniziativa che, poco più tardi, comportò la caduta del governo che guidavano. Gli anni Novanta, infine, durante i quali il tema del diritto d'associazione venne affrontato in stretta connessione con l'esame del nuovo codice penale di Zanardelli (1890) e ancora in occasione della presentazione delle leggi contro gli anarchici (1894), proposero all'attenzione dei parlamentari un nuovo spauracchio associativo, quello socialista.

Lungo l'arco di più di tre decenni, le cause «deflagranti» dei dibattiti poc'anzi ricordati furono dunque sempre da ricondurre ad una costellazione di supposto pericolo per le istituzioni del nuovo Stato, se è vero che lungo la passerella parlamentare sfilarono di volta in volta spauracchi garibaldini, repubblicani, anarchici, internazionalisti, socialisti, in un clima talvolta investito dall'eco traumatizzante di attentati falliti, di bombe, di stragi[10]. Dal campo semantico della libertà, il concetto di associazione tendeva così a slittare in quello dell'ordine, meglio, dell'ordine pubblico.

[9] Così A. BRUNIALTI, *Associazione*, cit., p. 31.

[10] Così, in particolare, in occasione delle discussioni del 1878. Per una ricostruzione dei fatti, inquadrata nel contesto della storia del movimento repubblicano, cfr. M. RIDOLFI, *Il partito della repubblica. I repubblicani in Romagna e le origini del P.R.I. nell'Italia liberale (1872-1895)*, Milano 1989, pp. 66-74.

Ad appena pochi lustri dall'epoca della restaurazione, durante la quale gran parte di esse avevano fatto del garantismo il proprio credo politico-costituzionale, per le dirigenze del paese risultava già sostanzialmente inattuale l'urgenza di promuovere la diffusione dello spirito di associazione, parsa un tempo naturale espressione della civilizzazione liberale, mentre si poneva il problema di come puntellare di freni ed ostacoli l'utilizzo del diritto corrispondente, pur senza giungere a sposare il principio dell'autorizzazione preventiva, vigente ad esempio sia in Francia sia in Germania, che i liberali italiani ritenevano comunque eccessivamente lesivo delle libertà fondamentali. È all'interno di questa costellazione di grandezze (e di concetti) che è possibile apprezzare la progressiva dissolvenza dei valori portanti caratteristici dell'epoca precedente. Mentre si preoccupavano, pur con ogni cautela, di imbavagliarla, le *élite* politiche italiane conservavano infatti fresca la memoria dell'importanza che la pratica associativa aveva qualche lustro prima assunto per il loro costituirsi in gruppo dirigente del paese.

Nella prima metà del secolo – si è detto – associazione era stato sinonimo di individuo e di libertà, sullo sfondo di una percezione del progresso tutta orientata all'enfatizzazione della dimensione speculativo-razionale, meglio, all'idea del farsi «scienza» di alcune pratiche collettive della vita mondana. La politica, nell'accezione sostanzialmente empirica che di essa davano i liberali italiani, era anzi per molti versi figlia diretta dello spirito d'associazione, in forza delle modalità che ne avevano sin lì accompagnato l'irradiazione. Si consideri, ad esempio, questo passo di Attilio Brunialti, che si riferisce alla Germania della restaurazione, ma che coglie bene anche le caratteristiche della coeva realtà italiana: «Malgrado tutti questi divieti anche in Germania, come in Italia, sorsero e si moltiplicarono associazioni, le quali sotto forma letteraria e scientifica, con pretesto di divertimento od altrimenti, erano una vera scuola alla vita politica»[11]. La politica dei liberali era nata, dunque,

[11] A. Brunialti, *Associazione*, cit., p. 21. Sulla figura di Brunialti cfr. ora

a stretto contatto con la quotidianità mondana e in quella dimensione, così immediatamente aderente al piano dei primari interessi pratici, il modulo dell'associazione s'era configurato come naturale volano di irradiazione dell'individuo, come il canale di visualizzazione delle sue virtù di fronte al mondo esterno: «Le associazioni volontarie moltiplicano le loro forze con l'unione, senza togliere all'individuo energie, moralità, rispettabilità»[12].

Precondizione per il permanere della pratica associativa all'interno dell'area semantica dell'i n d i v i d u o era però il carattere s p e c u l a t i v o della stessa.

È sintomatico, in tal senso, che nel 1862, in occasione della presentazione in parlamento da parte di Rattazzi di un progetto di legge che prevedeva la soppressione e il divieto preventivo per le associazioni ispirate a «principii contrari allo Statuto», tra i deputati si levassero voci di protesta nei confronti di una simile formulazione, ritenuta pericolosamente lesiva «della *libertà scientifica*»[13]. Poco più di quindici anni più tardi, al momento dei dibattiti del 1878-79 intorno alle associazioni repubblicane, il medesimo implicito modello referenziale tornò a essere proposto da voci di segno opposto, da parlamentari ansiosi di impedire lo slittamento della vita d'associazione dalle tradizionali modalità elitario-speculative a pratica «larga» e tumultuosa.

Nel pensiero recondito di quei parlamentari, che vedevano volentieri coniugata l'immagine ideale dell'associazione con quella rassicurante e posata dell'adunata tra gentiluomini colti, la dimensione s p e c u l a t i v a e s c i e n t i f i c a tollerava male una propria irradiazione diffusa, e con essa la conversione nei riti di m a s s a dell'a z i o n e. Quando parlavano di associazione il loro autentico archetipo era rappre-

I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la «Biblioteca di Scienze Politiche». Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 191-229.

[12] A. BRUNIALTI, *Associazione*, cit., p. 11.

[13] Cfr. L. PALMA, *Corso di diritto*, cit., p. 189.

sentato dall'Accademia, da quella forma associativa tipicamente elitaria e aristocratizzante che era stata caratteristica della storia moderna della penisola e che tuttora sopravviveva intatta in molti suoi centri.

Il pensiero di Minghetti, in riferimento alle associazioni repubblicane, suonava lapidario in proposito: «L'*associazione* ... non è un'*accademia*, è un organismo il quale moltiplica le forze di coloro che lo compongono»[14]; mentre poco più tardi il guardiasigilli Taiani si trovava a fare dell'ironia sulla pretesa di «considerare *speculative* associazioni repubblicane [di] 20.000 membri, come se l'Italia potesse avere 20.000 accademici in più»[15]. Allineandosi alla medesima lunghezza d'onda, qualche lustro più tardi anche Attilio Brunialti, trattando del tema delle libertà fondamentali, si trovava in qualche difficoltà nell'accettare un diretto legame di parentela tra quella di stampa e quella di associazione, perché «quando uno legge è *solo*, o con *pochi*, e quindi lo spirito non lo infiamma, non lo eccita, non lo spinge a prorompere come il mutuo contatto nei *comizi* e nelle *associazioni*»[16].

Per essere considerate proiezioni istituzionali delle libertà dell'individuo, dunque, queste ultime avrebbero dovuto mantenersi nei limiti del prototipo accademico; i loro membri contarsi nell'ordine delle decine, la loro attività incanalarsi in binari prevalentemente speculativi e svolgersi all'interno di spazi chiusi, preferibilmente attorno a un tavolo, in forma di rito amatoriale. Quando proponevano la forma accademica come *pendant* positivo rispetto alle «moderne» associazioni di massa, le voci del paese legale si appoggiavano, certamente, a un assunto liberale. Il punto, per loro, era tuttavia che la sottintesa libertà, terreno d'espressione delle virtù dell'individuo, restasse prerogativa di

[14] Cfr. *ibidem*, p. 195.

[15] Cfr. A. BRUNIALTI, *Associazione*, cit., p. 33. Per una acuta lettura del significato dell'Accademia come fenomeno sociale e culturale cfr. A. QUONDAM, *L'Accademia*, in *Letteratura italiana*, a cura di A. ASOR ROSA, I: *Il letterato e le istituzioni*, Torino 1982, pp. 823-98.

[16] Cfr. A. BRUNIALTI, *Associazione*, cit., p. 38.

una *élite*. Libertà ed elitarietà formavano all'interno di un simile ragionamento una coppia di concetti inscindibile e all'interno di tale campo di coordinate nessun freno, in linea di principio, poteva essere posto al libero modularsi della pratica associativa. Brunialti:

«In via assoluta neppure riteniamo opportuno che il Governo vieti in prevenzione le associazioni che si propongono di discutere problemi la cui soluzione è di competenza del Parlamento, che di tal modo dovrebbero venire escluse le più *innocue* e *pacifiche*. [E tuttavia] Lo sviluppo della società moderna è dovuto in troppo gran parte al diritto d'associazione, perché si possa dubitare della sua potenza e della sua efficacia. Ma appunto perciò deve essere vigilato dall'autorità dello Stato, corredato di opportuni freni, limitato dalle leggi»[17].

C'era dunque un limite oltre il quale la vita associativa e i suoi moduli istituzionali cessavano d'essere espressione di quelle virtù dell'individuo che i gruppi dirigenti dell'Italia unita si preoccupavano di presidiare di garanzie libertarie. La dimensione di massa, l'abbandono dello stile speculativo a vantaggio di ritualità tumultuose, il trasferimento dal chiuso di una stanza all'aperto di una piazza trasformavano le associazioni in istituzioni malamente conciliabili con la visione individualistico-liberale dei «savi» del paese. Questi ultimi – è stato scritto con acume – consideravano

«... le associazioni volontarie ... piuttosto che forze collettive organizzate, come luoghi di discussione, protetti dalla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, ove esse rimanessero nel campo puramente speculativo, e limitati dal regime delle riunioni, ove assumessero modalità di azione esterna incompatibili con quest'ultimo»[18].

Ma il confine tra l'individualistico e il collettivo era di fatto assai labile. E il collettivo poteva facilmente tradursi in una brusca negazione dell'individualistico, ope-

[17] *Ibidem*, p. 50.

[18] Cfr. P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica*, cit., pp. 103-4.

rare un soffocamento dei suoi moduli d'espressione, attentare al campo delle libertà. All'ombra dell'associazione dimora spesso, non a caso, nella prosa delle nostre fonti, lo spauracchio della corporativizzazione; il timore di un repentino riassorbimento della civilizzazione individualistico-liberale all'interno di una spirale premoderna.

In tal senso, i tentativi di distinzione concettuale, specie durante gli ultimi lustri del secolo, ormai profondamente segnati da un sin lì solo paventato protagonismo dell'associazionismo operaio, non sempre riuscivano convincenti e persuasivi.

Come molte altre voci in quegli anni[19], anche quella di Brunialti mostrava timore per l'eventualità che le associazioni operaie finissero per ledere «ogni libertà di lavoro», trasformandosi in istituzioni molto simili alle vecchie Arti. «Il Medioevo fu pieno di associazioni, ma nessuna di esse aveva l'impronta spiccata dell'associazione moderna», avvertiva Gaetano Arangio-Ruiz dalle pagine dell'*Enciclopedia giuridica italiana*. Ma qual era la differenza tra le une e le altre?: «Le associazioni si formano per agire, e le *corporazioni* semplicemente per reagire»[20], rispondeva Brunialti, offrendo una definizione che, mentre lasciava insoddisfatto qualsiasi lettore, denunciava evidentemente la sostanziale debolezza dei moduli analitici presi a riferimento. Altrettanto incerta e oscillante risultava, in proposito, la formalizzazione concettuale di Arangio-Ruiz. Anche nella sua percezione del problema erano soprattutto le classi subalterne a rivestire i panni di concreti soggetti storici della moderna prassi associativa. In forza di questa sua nuova dimensione di massa, il fenomeno gli pareva tuttavia ricevere tratti fortemente estraniati rispetto a quelli tipici della sua epoca aurea:

[19] Cfr., ad esempio, A. VILLA PERNICE, *L'individuo e l'associazione*, in «Rendiconti dell'Istituto lombardo di scienze e lettere», 1886, pp. 835-849, specie p. 843: «Non è facile delineare uno schema opportuno per la costituzione di istituzioni rivolte a provvedere alla difesa dei comuni interessi per parte degli operai, evitando di urtare coi principi della scienza economica».

[20] Cfr., rispettivamente, G. ARANGIO-RUIZ, *Associazione*, cit., p. 982, e A. BRUNIALTI, *Associazione*, cit., p. 10.

«La moderna associazione – infatti – subordina la *libertà* dell'*individuo* all'eguaglianza fra *tutti* ...

L'individuo, in altri termini, è libero in quanto contribuisce all'ordinamento interno dell'associazione in modo effettivo, diretto e efficace; ma, una volta ordinata in una data maniera l'associazione, gli affiliati non conservano altra libertà che quella di propugnare dei cangiamenti nei limiti dell'ambiente»[21].

In altre parole, non diversamente da quanto anche in Francia all'epoca della rivoluzione era stato suggerito dai dibattiti sulla legge Le Chapelier: la massa soffoca l'individuo e l'eguaglianza annichila la libertà. Il medesimo concetto pochi anni prima aveva costituito il fulcro di un intervento di Angelo Villa Pernice, un esponente dell'imprenditoria milanese che aveva tra l'altro a più riprese fatto parte del consiglio di direzione di alcuni circoli di *élite* della città ambrosiana[22], dunque di istituzioni che costituivano in quegli anni l'estrema residua proiezione dell'associazionismo accademico-speculativo evocato dal paese legale quale auspicabile alternativa all'associazionismo di massa:

«Le diverse maniere d'associazione ... apportano sempre una restrizione alla *libertà individuale*, tanto più grande, quanto più estesa e intermittente sia la loro azione, sino a togliere la necessaria ed utile efficacia all'azione individuale, uccidendo la personalità, primo termine, base principale di ogni aggregazione umana»[23].

E, tuttavia, oltre che in una sorta di accorata manifestazione di sgomento, la posizione dei commentatori di fine secolo si esprimeva anche nel riconoscimento dell'ineluttabilità di fatto di un fenomeno che per lo più non giungevano a chiamare esplicitamente con quel nome, ma del quale spesso il loro lessico tradiva una lettura ispirata da suggestioni corporative. Arangio-Ruiz:

[21] G. Arangio-Ruiz, *Associazione*, cit., p. 979.

[22] Cfr. M. Meriggi, *Vita di circolo e rappresentanza civica nella Milano liberale*, in *Milano fin de siècle e il caso Bagatti-Valsecchi*, a cura di C. Mozzarelli-R. Pavoni, Milano 1991.

[23] A. Villa Pernice, *L'individuo*, cit., p. 848.

«Ogni classe, oggi più che mai, ha bisogno di unirsi in associazioni per la tutela legittima degli interessi particolari, mancando oggi in gran parte la forza della tradizione e quello che una volta si chiamava *spirito di corpo*»[24].

Si noti, però, che il riconoscimento della presenza di intermittenze neocorporative nella moderna vita d'associazione non derivava, per lo più, dall'adozione di un modello interpretativo «alla tedesca», basato sulla convinta assunzione di categorie organicistiche. Anche se in alcune di esse è dato talvolta di cogliere la presenza di qualche suggestione in tal senso[25], nella maggior parte delle voci intervenute nel dibattito l'ancoramento ai modi di pensiero giusnaturalistici, l'assunzione piena dell'esistenza di una netta linea di divisione tra Stato e società e l'attribuzione della vita associativa all'ambito di quest'ultima rimangono principi saldi e indiscussi.

Se le nostre fonti rivolgono lo sguardo all'estero, è nel Tocqueville di *De la démocratie en Amerique*, dunque nell'apologeta dell'autoorganizzazione della società civile, che incontrano un autentico punto di riferimento. Ciò costituisce, d'altro canto, il necessario presupposto teorico-concettuale per il diniego nei confronti di eventuali slittamenti autoritari del diritto vigente, di cui nessuno dichiara di auspicare una modifica nella direzione di un regime di autorizzazione preventiva, anche se ognuno propone di tamponarne gli «sconvolgenti» effetti fattuali attraverso un rinsaldamento dell'azione repressiva del governo. Sia Arangio-Ruiz sia Luigi Palma conoscono bene la dottrina organicistica del *Vereinswesen* come parte dell'amministrazione pubblica formalizzata qualche lustro prima da Lorenz von Stein[26], ma se la

[24] G. ARANGIO-RUIZ, *Associazione*, cit., p. 881.

[25] Cfr., in proposito, soprattutto le osservazioni di P. RIDOLA, *Democrazia pluralista*, cit., p. 119.

[26] Cfr. L. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, 1: *Die vollziehende Gewalt, Abt. 3: das System des Vereinswesens und des Vereinsrechts* (1865), Stuttgart 1869. Si noti che quest'opera venne pubblicata in italiano proprio a fine secolo, con prefazione di Attilio Brunialti. Cfr. L. VON STEIN, *La*

citano è per respingerla. Arangio-Ruiz: «Stein, come d'altronde tutti i tedeschi tratti dal loro genio statolatra, confonde insieme *stato* e *società*»[27]. Luigi Palma: «Tutto il nostro diritto pubblico è contrario a codesta dottrina che assorbirebbe nell'attività dello *stato* tutta la vita della *società*, la quale non può con esso confondersi»[28].

È singolare notare come, nel momento in cui ne paventavano la virtuale trasformazione in forza ostile, i ceti dirigenti del paese seguitassero a praticare anch'essi la vita d'associazione, in ragione di moduli sostanzialmente analoghi a quelli di impronta esclusivista che erano stati caratteristici della prima metà del secolo.

In ogni città della penisola ancora negli ultimi decenni dell'Ottocento i circoli di élite godevano di salute sostanzialmente intatta. I loro membri si contavano nell'ordine delle poche centinaia, selezionate per censo, vicinalità amicale, cultura. Associazioni come la Società dell'unione e quella del Giardino a Milano, il Circolo del Whist o l'Accademia filarmonica a Torino[29] mantenevano immutate le regole d'ammissione che si erano date alcuni decenni prima, quando avevano per la prima volta legittimato le *élite* urbane al protagonismo nella sfera pubblica locale.

Malgrado la loro ragione sociale non fosse costituita dalla politica, era tuttavia all'interno di simili istituzioni variamente ricreative che si decidevano in gran parte le composizioni dei consigli comunali o si prefigurava l'esito delle candidature per il parlamento nazionale[30]. Le associazioni di

*scienza della pubblica amministrazione secondo L. von Stein (Compendio del trattato e del manuale di scienza della pubblica amministrazione ad uso degli italiani)*, Torino 1897.

[27] G. ARANGIO-RUIZ, *Associazione*, cit., p. 896.

[28] L. PALMA, *Corso di diritto*, cit., p. 212.

[29] Si vedano, a questo proposito, i saggi di A. CARDOZA (Torino) e M. MERIGGI (Milano) nel numero monografico di «Quaderni storici» dell'agosto 1991, *Élites e associazioni nell'Italia dell'Ottocento*, a cura di A.M. BANTI e M. MERIGGI.

[30] Cfr. *ibidem*, il saggio su Piacenza di S. FONTANA-P. SUBACCHI e il saggio su Gavardo (Brescia) di M. ZANE.

*élite* continuavano cioè a essere, nell'assenza di un'articolazione partitica delle dirigenze borghesi italiane, il modulo di organizzazione civile complessa che più si avvicinava alla forma del p a r t i t o; in una accezione, certo, non spiccatamente ideologica e di respiro nazionale, ma al contrario ancora aderente a quel piano pratico-individualistico che sin dalle origini aveva costituito la loro primaria ragione societaria, al confine tra *loisir*, conversazione, articolazione politica elementare della società civile.

Tuttavia, specie a partire dagli anni Ottanta, segnati dell'ingresso sulla scena politica di un elettorato assai più vasto di quello ammesso in precedenza, i profili materiali della vita d'associazione tendevano a trasformarsi in modo irreversibile.

Già nel ventennio precedente, come abbiamo visto dall'esame dei dibattiti parlamentari, si era chiaramente segnalata l'emergenza di un mutamento. Ora, malgrado l'Italia restasse un paese meno di altri intensamente innervato di reti associative[31], il trasferimento del codice associativo dalle *élites* alle masse si rivelava anche nella penisola fatto compiuto.

Ben presto l'archetipo accademico avrebbe perso del tutto quel ruolo virtualmente costituzionale che aveva interpretato per molti decenni dell'Ottocento. La sua operatività si sarebbe ridotta a una sfera che, nelle nuove dimensioni caratteristiche della società di massa, risultava espunta delle potenzialità immediatamente politiche di cui era stata espres-

[31] Alla metà dell'Ottocento in Germania erano censiti già oltre 14.000 *Vereine*, mentre in Inghilterra nel 1874 erano presenti oltre 32.000 associazioni, con più di 4 milioni di membri. L'Austria contava nel 1856 2234, nel 1910 85.000 *Vereine*. Si confronti la situazione italiana, così come viene descritta tra qualche riga, con questi dati, che sono offerti rispettivamente da CH. EISENBERG, *Arbeiter, Bürger und der «bürgerliche Verein» 1820-1870. Deutschland und England im Vergleich*, in *Bürgertum im 19.Jahrhundert. Deutschland im europäischen Vergleich*, hrsg. von J. KOCKA, 3 voll., München 1988, II, pp. 187-219, in particolare pp. 193 e 196, e da K. TENFELDE, *Die Entfaltung des Vereinswesens während der industriellen Revolution in Deutschland (1850-1873)*, in *Vereinswesen und bürgerliche Gesellschaft in Deutschland*, hrsg. von O. DANN («Historische Zeitschrift», Beiheft 9), München 1984, pp. 55-114, in particolare p. 58.

sione nell'Italia dei notabili, con pochi scelti elettori, tutti o quasi riuniti in associazioni di *élite*.

I giuristi come Brunialti e Arangio-Ruiz, che commentavano ormai a fine secolo il fenomeno associativo, avevano del resto ben presente lo sviluppo recente e massiccio di una realtà irriducibile alle antiche categorie analitiche. Un'inchiesta ufficiale del 1894 censiva in 9379 le associazioni esistenti in Italia: 6364 di queste erano mutualistiche, 1624 ricreative, 1384 politiche. Tra queste ultime, oltre a 404 di impronta liberal-monarchica, si contavano 490 associazioni cattoliche, 394 repubblicane, 103 socialiste[32]. Oltre ad aver disperso quel tasso di specificità amatoriale che a lungo era stato intrinseco al suo delinearsi come rito d'*élite*, la vita di associazione s'era dunque fatta da un lato esplicitamente politica, dall'altro di larga partecipazione popolare. Aveva cessato d'essere una virtù per pochi eletti.

A dettare i tratti di questo profilo nuovo, per altro, non era soltanto la presenza delle associazioni variamente «popolari»; vi contribuiva anche, in misura cospicua, l'emergere di un associazionismo piccolo-borghese, organizzato in forza di regole assai diverse da quelle ancora vigenti per le associazioni di *élite*.

Si pensi, da questo punto di vista, a un'istituzione come il Touring Club Italiano. Venne fondato nel 1895 a Milano, ma subito si dette respiro nazionale e presto i suoi soci ascesero a decine, qualche lustro dopo a centinaia di migliaia[33]. Lungo simili coordinate, prive di una specificità politica o di una potenzialità conflittuale nei riguardi dell'ordine costituito, l'Italia borghese di fine secolo poteva ormai evidentemente permettersi quella moltiplicazione «larga» di «accademici» che ancora non più tardi di trent'anni prima

[32] Questi dati sono offerti da M. RIDOLFI, *Associazionismo e forme di sociabilità nella società italiana fra '800 e '900. Alcune premesse di ricerca*, in «Bollettino del Museo del Risorgimento di Bologna», XXXII-XXXIII, 1987-88, pp. 7-53, in particolare p. 36.

[33] Da 784 soci nel 1895 si passò ai 20.915 del 1900, agli 83.603 del 1910, ai 162.336 del 1920. Cfr. M. MERIGGI, *Vita di circolo*, cit., e bibliografia specifica ivi segnalata.

era parsa fenomeno di per sé inaccettabile ai padri della patria. La modalità associativa cessava così di essere prerogativa dell'*élite* non solo a causa delle minacce extrasistemiche, ma anche grazie alla nascita di istituzioni come quella ora ricordata. Esse offrivano uno spicchio di protagonismo a uomini sin lì «senza qualità» che, pur non avendo mai coltivato fantasie palingenetiche o sogni di rivoluzione, solo ora riuscivano ad accedere a quell'esercizio delle virtù borghesi sin lì per loro impraticabile.

Parallelamente a quanto avveniva nell'ambito del diritto elettorale, anche sul terreno associativo, dunque, quella lettura della l i b e r t à (e della v i r t ù) come onori riservati all'*élite*, che era stata caratteristica di tutta la prima fase dell'esperienza liberale nella penisola, a fine secolo si veniva dissolvendo, per cedere il posto a una visione dai tratti più democratici. Poche fonti, da questo punto di vista, come gli statuti delle associazioni, sanno restituirci il senso di quel mutamento.

Nelle vecchie associazioni di *élite* – quelle, per intenderci, modellate sul prototipo accademico – si entrava, per cooptazione, all'interno di un *milieu* sociale sostanzialmente omogeneo e di impronta locale-cittadina, in cambio del versamento di quote associative dell'ordine di alcune centinaia di lire annue. In una città come Milano, in età liberale istituzioni di questo genere contavano da 200 a 400 membri e assomigliavano a una sorta di famiglia larga, i cui componenti, per vincoli di parentela, amicizia, vicinanza precedentemente acquisiti si rispecchiavano l'un l'altro nel segno della tiepida istituzionalizzazione di una consuetudine che restava squisitamente individuale.

Ad una società «nuova», come ad esempio il Touring Club, l'ammissione avviene invece tramite l'inoltro per posta di una semplice domanda, corredata del modesto obolo di 5 lire annue. I suoi membri sono sparsi da un capo all'altro della penisola e naturalmente non intrattengono intensi rapporti personali l'uno con l'altro; come potrebbero farlo, d'altro canto, questi nuovi «accademici» d'Italia, le centinaia di migliaia di volti di una m a s s a a n o n i m a?[34]

[34] Cfr. *ibidem*.

Il loro costituirsi in vincolo associativo rappresenta di per sé un segnale tra i più vistosi di un trapasso epocale in atto.

In base ad esso, per un verso, non solo i gruppi sociali subalterni, ma anche i variegati frammenti della costellazione borghese, per sopravvivere con pretese di protagonismo politico e civile si risolvono all'abbraccio con la dimensione della massa e dell'anonimato, pur seguitando in parte a praticare (nelle società di tipo esclusivo) i vecchi schemi di interrelazione amical-familiari, ora limitati a un piano di operatività minore, dopo essere stati di per sé in precedenza buoni anche per il dominio a tutto campo del terreno politico; mentre, per un altro, alle presunte certezze liberal-individualistiche, caratteristiche della civilizzazione borghese nella sua fase ascendente, si viene sostituendo la progressiva coscienza della crisi del rapporto stato-società come entità distinte e con essa la scoperta della ricorporativizzazione come fenomeno emergente[35].

E, tuttavia, sul finire dell'Ottocento, nella riflessione di politici e giuristi il tema dell'associazione restava ancora questione inscritta essenzialmente nella costellazione dell'ordine pubblico, recava impresso il segno del minaccioso protagonismo organizzato delle classi popolari e delle loro associazioni sovversive. Con l'autorevole appoggio della magistratura, la repressione dell'esecutivo nei confronti di queste ultime si andava anzi inasprendo, a dispetto delle battaglie garantiste ingaggiate nei lustri precedenti dalle correnti liberal-progressiste[36].

L'acuirsi della repressione, d'altro canto, era facilmente spiegabile con l'inarrestabile dilatazione del fenomeno. L'una e l'altro crescevano in modo esponenziale. Così che, ancora a

[35] Si vedano, in proposito, i contributi su Santi Romano raccolti in *I giuristi e la crisi*, cit., in particolare, in relazione al tema delle associazioni nella visione di Santi Romano, il saggio di M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, pp. 311-346, specie p. 345.

[36] Cfr. R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti*, cit., pp. 188-89.

distanza di molti lustri, continuava a suonare ben calzante un caustico commento espresso a suo tempo da un liberale dubbioso, da Niccolò Tommaseo, che nel suo *Dizionario della lingua italiana* alla voce *Associazione* aveva scritto: «La libertà di associazione è predicata da certi liberali quando sono deboli; conculcata quando par loro di cominciare a esser forti»[37].

[37] N. TOMMASEO-B. BELLINI, *Dizionario*, cit., p. 693.

# Il problema del partito politico nella riflessione della scienza politica italiana (1870-1914)

di *Paolo Pombeni*

È ormai una leggenda sfatata quella secondo cui il liberalismo non avrebbe avuto una attenzione per la questione dei partiti politici ed una presa in considerazione del problema a livello di teoria politica: leggenda sfatata non solo per ciò che riguarda la presenza di questo tema (anzi la letteratura è talmente vasta che è persino difficile disegnarne una mappa precisa), ma anche per ciò che riguarda la consapevolezza della natura della forma partito legata alla costituzione a base rappresentativa. Certo per quanto riguarda l'Italia ci si può porre il problema del perché allora il liberalismo non abbia espresso alcun tipo di forma-partito adeguata ad essere il motore di quel sistema politico che esso aveva instaurato. È questa una questione a cui si può rispondere in parte analizzando il nostro sistema politico sul piano della storia costituzionale, in parte però anche analizzando la produzione di quella «scienza politica» le cui acquisizioni ed impostazioni furono determinanti per la costruzione di quel sistema.

Pare a me essenziale per una corretta impostazione del problema muovere da quel retroterra di dibattito teorico sulla questione circa l'organizzazione delle divisioni in politica che tra tardo illuminismo ed età della restaurazione si era imposta nella cultura politica europea. È vero che il rapporto diretto tra questo retroterra culturale e gli autori a cui farò cenno è ancora da studiare, ma mi limito ad osservare che qui non è alla filologia del pensiero politico che penso, sebbene più semplicemente alla ricostruzione di un retroterra di *communis opinio* che non mi pare eliminabile[1].

[1] Le radici settecentesche della questione del partito sono richiamate in

Ci sono almeno tre contesti da tenere presenti: quello che vede il dispiegarsi delle «honorable connexions» (per usare la famosa frase di Burke) nel quadro di sistemi rappresentativi basati su presupposti di opinione pubblica (il rinvio di solito è al caso britannico)[2]; quello che vede il problema del partito politico nel contesto della dissoluzione rivoluzionaria dell'*Ancien Régime* e dunque della guida verso la nuova morale (giacobinismo) o della costruzione di un bilanciato sistema di decisioni limitate (linea Sieyès-Constant)[3]; infine quello che vede il sistema politico come teatro di una lotta fra gruppi di *élites* politiche favorevoli o contrarie alla «riforma» del sistema (il rinvio dovrebbe essere alle lotte inter-

K. VON BEYME, *Partei, Faktion*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-soziale Sprache in Deutschland*, Stuttgart 1972 ss., IV, pp. 677-733, che fornisce una panoramica europea. Su qualche punto più in specifico si verrà più avanti.

[2] Il riferimento è a E. Burke, *Thoughts on the cause of the present discontents* (1770), di cui vale la pena di citare due brevi passaggi: «Of such a nature are connections in politics; essentially necessary for the full performance of our public duty, accidentally liable to degenerate into faction. ... It is the business of the speculative philosopher to mark the proper ends of government. It is the business of the politician, who is the philosopher in action, to find out proper means towards those ends, and to employ them with effect. Therefore every honorable connexion will avow it is their first purpose to pursue every just method to put the men who hold their opinions into such a condition as may enable them to carry their common plans into execution, with all power and authority of the state» (cito da *The Works of the Rt. Hon. E. Burke*, Oxford 1906, II, pp. 80-82). Sul contesto in cui sono maturate queste pagine cfr., F. O'GORMAN, *The emergence of the British two-party system 1760-1832*, London 1982, pp. 7-11; B.W. HILL, *British parliamentary parties 1742-1832*, London 1985, pp. 49-50. Sulla natura del sistema costituzionale britannico si rinvia al classico A.V. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London 1905 (cfr. spec. la *lecture* I). Su questo autore R.A. COSGROVE, *The Rule of law: A.V. Dicey, Victorian Jurist*, London 1980.

[3] Per il modello giacobino rinvierò qui ai due importanti studi di Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris 1989, *Échec au liberalisme. Les jacobins et l'état*, Paris 1990; sulla linea Sieyès-Constant l'acuto intervento di P. PASQUINO, *Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant e il «governo dei moderni»*, in «Filosofia Politica», II, 1987, pp. 77-97, e l'eccellente studio di B.M. FONTANA, *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*, New Haven-London 1991.

ne nelle corti fra illuminismo e restaurazione cui aveva già fatto riferimento a suo modo Otto Hintze)[4].

Questi idealtipi non hanno pretesa altra se non costituire un panorama di fondo per il dibattito, tenendo anche conto che in Italia, per le nostre condizioni nazionali, nessuno di questi scenari ha esercitato potere in senso proprio. Tuttavia quando si trattò di andare alla costruzione praticamente da zero di un sistema politico autolegittimantesi fu ad almeno due di questi contesti che si fece riferimento, mentre il terzo entrò in gioco, per così dire, attraverso la fatale evoluzione degli avvenimenti[5].

Sul primo versante sta dunque il problema di quello che poi verrà teorizzato dai costituzionalisti inglesi come il sistema di «opinione pubblica» (Dicey). In questo sistema non la decisione è prodotta dalle opinioni, ma le opinioni sono al tempo stesso la rete condizionante della produzione di decisione e il momento di verifica della legittimità dell'esercizio della decisione. Ecco perché il sistema è pensato come un ambito di interrelazioni che gli uomini politici (selezionati dalla società, non dal conflitto di idee[6]) stabiliscono attorno

[4] Per O. Hintze si veda il passaggio sulla formazione del partito conservatore prussiano in *Il Principio monarchico e il regime costituzionale* (1911), ora in *Stato e società*, a cura di P. SCHIERA, Bologna 1980, p. 43. Accenni anche nel saggio sul movimento per le riforme in Prussia prima del 1806 che cito da *The Historical Essays of O. Hintze*, ed by F. GILBERT, New York 1975, pp. 67-87. Varie considerazioni sui «partiti di corte» in H. LUTZ, *Zwischen Habsburg und Preußen*, Berlin 1985 (trad. it., Bologna 1992).

[5] Gli studi sulla dinamica costituzionale nella formazione dell'Italia unita sono ancora, a mio giudizio, limitati. Per la dinamica di formazione dello Statuto albertino del 1848 si veda R. ROMEO, *Dal Piemonte sabaudo all'Italia liberale*, Bari 1974. Una valutazione molto positiva del pensiero costituzionale italiano pre-unitario è in C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari 1983, pp. 19-26.

[6] Ricordo che nella *Verfassung* britannica, il deputato è un rappresentante della corporazione storica del suo collegio nel complesso (di qui il sistema maggioritario semplice) e che solo a partire dallo storico conflitto Gladstone/Disraeli degli anni '80 prevarrà quel meccanismo noto come «one issue election», cioè una nazionalizzazione del quesito elettorale attraverso la mediazione del *leader* nazionale del partito. Sul sistema

al rapporto che la decisione politica riesce ad attivare con le due tesi fondamentali dell'agire politico, il principio di trasformazione e il principio di conservazione[7].

Questa rappresentazione della politica sopravvisse a lungo nel sistema italiano. Francesco Crispi nel suo tentativo di governo «all'inglese» pensava proprio a questa dialettica e si lamentava in continuazione della sordità istituzionale della classe politica al suo dottrinarismo costituzionale, in cui lui aveva scelto di fare la parte di chi prende la decisione politica e gli altri, anziché accettare quella dell'opinione pubblica cui compete o la critica o l'accettazione, volevano venire al sistema che oggi chiameremmo consociativo[8].

Sul versante opposto si colloca l'esperienza francese nella sua versione giacobina. In questo caso, come ha recentemente mostrato in una serie di assai acuti studi Lucien Jaume[9], ciò che salta è la distinzione politica fra la società e

britannico cfr. E. BIAGINI, *Rappresentanza virtuale e democrazia di massa: i paradossi della Gran Bretagna vittoriana*; F. CAMMARANO, *Logiche comunitarie e associazionismo politico nella Gran Bretagna tardovittoriana: procedure elettorali e «corruzione»*, entrambi in «Quaderni storici», XXIII, 1988, rispettivamente pp. 809-838; 839-872. Sul problema della crisi di questo sistema, cfr. F. CAMMARANO, *Strategie del conservatorismo britannico nella crisi di fine secolo. Il «National Party of common sense» (1886-1892)*, Bari-Manduria 1990.

[7] Naturalmente nel corso del periodo che consideriamo nella teoria politica britannica le tensioni originatesi su questa impostazione sono state fortissime. Mi permetto di rinviare su questo punto alle mie analisi in: *Ritorno a Birmingham. La «nuova organizzazione politica» di J. Chamberlain e l'origine della forma partito contemporanea (1874-1880)*, in «Ricerche di storia politica», III, 1988, pp. 37-62; *Starting in reason, ending in passion. Bryce, Lowell, Ostrogorski and the problem of democracy*, in corso di stampa presso l'«Historical Journal» (Cambridge).

[8] Sulla nostalgia nel sistema politico italiano per il modello bipartitico inglese, rinvio al mio, *Trasformismo e questione del partito. La politica italiana e il suo rapporto con la vicenda costituzionale europea*, in *La trasformazione politica nell'Europa liberale 1870-1890*, a cura di P. POMBENI, Bologna 1986, pp. 215-254. Sul conflitto fra il Crispi «decisionista» e la domanda «consociativa» del moderatismo italiano (i termini sono virgolettati perché sono ovviamente ripresi dall'attuale diatriba politica), si vedano le penetranti pagine di F. CAMMARANO, *Il progresso moderato. Un'opposizione liberale nella svolta dell'Italia crispina (1887-1892)*, Bologna 1990.

[9] Cfr. i saggi citati alla nota 3.

l'ambito del potere pubblico, per cui la politica diventa essa stessa un mezzo di produzione del sociale e dell'opinione. In quest'ottica il partito ha un senso solo nel momento di opposizione, quando può presentarsi come il momento di censura morale sul «tradimento» che gli uomini al potere operano rispetto all'ideale rivoluzionario. Andato al potere il partito si identifica quasi totalmente con lo Stato e trasmette all'ambito del pubblico quella domanda di «moralità» (intesa evidentemente come stretta aderenza alle regole intellettuali e formali del gioco) e quella volontà di autocostruzione di un'opinione, pubblica ma conforme, che erano state caratteristiche della sua legittimazione all'opposizione.

Anche questa radice giacobina avrà ovviamente un suo peso nella formazione di un sistema costituzionale come quello italiano che è «rivoluzionario» non sul piano sociale, ma su quello, quantomeno altrettanto importante, delle relazioni internazionali (non si dimentichino i caratteri quantomeno discutibili delle varie guerre risorgimentali) e dei sistemi di legittimazione (per esempio il famoso dilemma, plebisciti sì, costituente no)[10].

Si potevano allora pensare i partiti in un sistema costituzionale di questo tipo?[11] Certo la prima obiezione che si pone a

[10] Il ripudio di una teoria del potere costituente in favore di un approccio che privilegiava una sorta di *monarchisches Prinzip* all'italiana, dove il problema non era ovviamente la derivazione del potere da una «grazia divina» di ascendenza storico-antropologica, ma la derivazione da un «processo di ragione» di ascendenza storico scientifica, è stato di recente esposto in maniera esemplare da Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari-Roma 1990, pp. 3-87. Qui Fioravanti nota come attraverso il concetto di «Stato persona» si stabilisca il dogma dell'esistenza dello Stato come *a priori* che non ha bisogno di «fondazione per consenso». Il rapporto di questa impostazione con la peculiare vicenda di costruzione di un'unità nazionale che pure aveva qualche problema di legittimazione non è stato più preso in grande considerazione dopo il classico volume di Chabod sulla politica estera italiana.

[11] Ha scritto Fioravanti: «Ecco quindi che il baricentro, pratico e teorico, dello Stato di diritto si sposta dalla tradizionale virtù politica della

chi avvia un ragionamento in questi termini è che si stanno sovrapponendo categorie del presente ad una realtà che si pensa non le conosca. Vorrei sgomberare subito il campo da questo pregiudizio.

Il carattere convulso della formazione dello Stato italiano non era affatto ignoto alla giuspubblicista ed anche più in generale alla cultura politica italiana degli anni Settanta e Ottanta. Orlando stesso, come ha di recente ricordato Luisa Mangoni[12], nei suoi *Principii di diritto costituzionale* (1894) si diede pena di ridiscutere la questione della origine dello Stato italiano «nel fatto sorto da un procedimento rivoluzionario» e di apprezzare il «grande senno politico» che dal punto di vista formale aveva suggerito la finzione di un allargamento successivo di un piccolo Stato fino a mantenere persino nel nome dei re il numero relativo alla serie dei predecessori.

Ma gli esempi possono allargarsi a piacere, dalle opere di Arangio-Ruiz[13] a quelle di Domenico Zanichelli[14], allo

classe media alla capacità dell'amministrazione di essere sempre e comunque 'Stato', quindi autorità, generalità, sovranità, stabilità, continuità di fronte ad una società intesa come regno delle particolarità disgreganti. Ciò avviene sacrificando inevitabilmente ... il contributo delle forze politiche parlamentari, ora assimilate alla sfera della 'politica' opposta a quella dell'amministrazione, e quindi ritenute quanto meno tendenzialmente pericolose, perché direttamente collegate al conflitto presente nella società» (*ibidem*, p. 33).

[12] L. MANGONI, *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 303-305.

[13] Di lui resta centrale la *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, pubblicata a Firenze nel 1898 (ora ristampata Roma 1985), ma è interessante tutta la sua produzione giuridica: in appendice alla citata ristampa esiste un elenco di opere del giurista, per altro incompleto (non vi figura per esempio l'importante voce *Costituente*, scritta per l'*Enciclopedia giuridica italiana*, III, parte IV, pp. 419-535).

[14] Di cui si vedano, per esempio, *Le Costituzioni moderne*, Bologna 1884; *Introduzione storica allo studio del sistema parlamentare italiano*, Torino 1898. Su questo autore non molto considerato, anche per la tragica vicenda della sua precoce scomparsa, si veda M.S. PIRETTI, *Cesare Albicini e la scuola bolognese di diritto costituzionale: la «Rivista di diritto pubblico» (1889-1893)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVI, 1987, pp. 185-207.

stesso Luigi Palma[15]: del resto sarebbe stato abbastanza difficile per qualsiasi intellettuale italiano ignorare una polemica che repubblicani del peso di Aurelio Saffi mantenevano viva[16].

È in questo contesto che matura il problema di come lo Stato non possa essere uno Stato di opinione pubblica nel senso pacifico del termine, poiché parte di questa opinione pubblica sarebbe di sicuro in posizione esterna all'equilibrio acquisito (e se il riferimento è di prevalenza ai cattolici o agli anarchici, l'occhio vero è puntato sulla assai meno facilmente espungibile componente mazziniana del processo di creazione del sistema politico nuovo)[17]. Ma allora l'alternativa che si presenta è quella dello Stato giacobino, cioè di colui che da se stesso si crea l'opinione pubblica

[15] Rinvio in questo caso alle *Questioni costituzionali*, Firenze 1885. Sull'importanza di questo autore cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento*, Milano 1980, pp. 44 ss.

[16] La figura di Saffi non è dimensionabile come quella di un semplice *leader* dell'opposizione: egli esercitava, anche grazie alla sua per quanto marginale presenza come docente all'Università di Bologna, un magistero notevole. Si veda ora la valutazione complessiva di questa figura che emerge dalla pubblicazione imminente degli atti del convegno a lui dedicato (Forlì aprile 1990) ed in particolare gli interventi di M.S. Piretti sulla sua partecipazione al progetto di una scuola di scienze politiche all'interno dell'ateneo bolognese, e di P. Pombeni sull'insegnamento universitario del «vescovo di Mazzini».

[17] La componente mazziniana, o più latamente «azionista», poteva a ragione reclamare un ruolo chiave nella costruzione dell'Italia unita, sicché la sua domanda di costituente era piuttosto fondata. Si veda il famoso articolo di Bonghi del 1870 in cui si oppone alla richiesta di Alberto Mario di avere una costituente perché «la costituente è una parola mite per dire rivoluzione. Si immaginano che quella sia la forma legale di questa, come se forma legale ci potesse essere» (si veda ora R. BONGHI, *Programmi politici e partiti*, a cura di G. GENTILE, Milano 1933, p. 195). Che esistesse questa spaccatura di legittimazione costituzionale in Italia era una *communis opinio* europea: Otto Hintze, scrivendo alla vigilia della prima guerra mondiale su una rivista militare tedesca (dunque né un autore né una sede sospettabili di simpatie gauchiste), evidenziava questa tensione fra *nation-building* dei Savoia e *nation-building* di Garibaldi: cfr. *Das Verfassungsleben der heutigen Kulturstaaten*, in *Gesammelte Abhandlugen*, I: *Staat und Verfassung*, Göttingen 1962, pp. 390-423.

«vera» trovando automaticamente gli strumenti per espungere i nemici[18].

Il passaggio non è affatto semplice per la assai confusa situazione politica che si determina proprio nel passaggio degli anni Ottanta. Da un lato bisogna tenere presente che il presupposto di un robusto ancoraggio della struttura statuale alla naturale salute del tessuto sociale è un postulato forte del liberalismo[19]. Non solo in astratto questa è la cultura che va dagli autori britannici fautori della «commercial society» a talune inclinazioni di Constant (non a caso studente ad Edinburgo in gioventù, come ci ha ricordato di recente Bianca Maria Fontana)[20], ma in concreto una parte non piccola del liberalismo italiano, quello dei Minghetti, Lampertico, Rossi, Jacini, per citare solo alcuni esempi, proveniva da regioni fortemente strutturate sul piano sociale dove una messa in discussione di quello che noi oggi chiamiamo il «sistema notabilare» avrebbe avuto contraccolpi destabilizzanti[21].

[18] Non sarà inutile a questo proposito insistere sulla natura «tecnica» della definizione di giacobinismo nel senso chiarito dagli studi di Jaume. So infatti che il termine è equivoco, perché spesso è inteso nel senso di «radicale». Così lo intese Gramsci a proposito di Crispi, cui negò la qualifica di giacobino se non «in questo significato deteriore» e cioè di uomo politico «energico, risoluto e fanatico», poiché «per il suo programma Crispi fu un moderato puro e semplice» (cfr. *Quaderni del carcere*, a cura di V. GERRATANA, Torino 1975, III, p. 2017). In realtà proprio Crispi fu un giacobino nel senso tecnico del termine: ho indagato questo aspetto nel mio saggio su *La politica costituzionale di Crispi nel quadro della vicenda europea*, per il momento inedito.

[19] Su questo punto si veda la classica, ma assai convincente analisi di F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano fra Otto e Novecento*, Milano 1988³.

[20] Si vedano B.M. FONTANA, *Rethinking the politics of commercial society: the «Edinburgh Review», 1802-1832*, Cambridge 1985; della stessa, *Benjamin Costant*, cit., ma anche l'introduzione di questa studiosa a *The political writings of B. Constant*, Cambridge 1988.

[21] Il problema del notabilato politico (almeno nel senso che questo riveste nelle regioni settentrionali) è ancora quasi del tutto inesplorato. Un meritorio lavoro di indagine, di cui una serie di frutti sono ora visibili, in E. FRANZINA, *La transizione dolce. Storie del Veneto tra '800 e '900*, Verona 1990, spec. pp. 105-170. Su Fedele Lampertico, che è una figura emblematica di questo mondo rinvio agli atti del convegno di Vicenza su

Basta rileggere con attenzione il classico lavoro di Tessitore, cui si è già fatto riferimento, per vedere come questo pensiero liberale sia attentissimo al problema della relazione Stato-società, con una forte inclinazione alla salvaguardia di quest'ultima sin sul piano di un ampio diritto di associazione da difendere e garantire. Certo vi è in atteggiamenti di questo tipo anche un ovvio riflesso della difesa dell'individualismo (che Tessitore fa risalire alla lezione di Bentham), ma vi è anche la consapevolezza della difficoltà di sottrarsi alle radici «borghesi» della rivoluzione risorgimentale.

Questa sensibilità non può però venire a maturazione in una presa in considerazione veramente tranquilla del fenomeno nuovo dell'istituzionalizzarsi delle parti politiche non solo, il che è evidente, per le paure di una rilegittimazione delle fratture sociali esterne alla dinamica di instaurazione della forma di Stato moderno che è conseguenza del Risorgimento, ma anche per la impossibilità di trasformare in dislocazioni di interessi generali i raggruppamenti naturali che esistevano all'interno della classe dirigente dell'epoca. Qui vale la pena di esplicitare un poco il discorso. La struttura italiana è assai composita: vi sono interessi regionali molto forti; vi sono tensioni fra economia agraria e nascente economia industriale; vi è una disomogeneità culturale fra le classi dirigenti in rapporto alla valutazione del fattore religioso. Se potessi dirlo in una battuta direi che ci si deve chiedere se nell'Italia post-risorgimentale esistesse una «società».

Ora in questo clima la trasformazione delle diatribe politiche in «honorable connexions» era ardua, così come era arduo quel meccanismo della rappresentanza virtuale (cioè la fondata convenzione per cui i legalmente attivi nell'arena politica agivano anche come espressione di coloro ai quali non era opportuno dare voce legale) che nei regimi liberali funzionanti garantiva la legittimazione.

Vengo qui al terzo scenario che ho evocato dall'inizio, quel-

questo uomo politico, atti che stanno per uscire presso l'editore Angeli di Milano; in essi compare anche un mio contributo su *Fedele Lampertico e la «scienza politica» dei moderati*.

lo che vede l'origine dei partiti nella dislocazione dei gruppi dirigenti statuali rispetto al problema della «riforma». È chiaro che questa dinamica non è di per sé una dinamica infinita, ma tende a chiudersi nel momento in cui si stabilizza e consolida un certo tipo di riforma (o di mancata riforma). Ci sono tuttavia alcuni meccanismi di sublimazione politica attraverso i quali le antiche fratture possono perpetuarsi e rilanciare i loro obiettivi[22]: gli esempi più tipici che la politologia ottocentesca europea più avvertita ha in mente sono quelli dei partiti americani, ma noi potremmo oggi ricordare, come mostra uno studio di Fulvio Cammarano[23], che l'egemonia del conservatorismo britannico nella seconda metà degli anni Ottanta parte da una forte domanda che corre nel ceto intellettuale di un nuovo e unitario «national party of common sense»[24].

Il possibile utilizzo in senso generalizzato della frattura risorgimentale fra «destra» e «sinistra» apparirà subito improponibile[25]. In realtà anche i più duri avversari del trasformismo come Crispi o come il piccolo gruppo che si ritroverà nella «Federazione Cavour»[26] non potranno operare il miracolo di richiamare in vita un bipartitismo cui erano negate tanto le basi ideologiche per l'impossibilità di estendere «conservazione» e «progresso» a tutta la nazione (per i già ricordati limiti invalicabili che si ponevano verso i clericali da un

[22] Ovviamente il riferimento più prossimo avrebbe potuto essere quello ai partiti britannici, ma nel caso americano il fenomeno sembrava più palmare: repubblicani e democratici non erano più o meno che vaghe bandiere dietro cui gli uomini politici si schieravano per ragioni abbastanza estrinseche. La fonte per questa lettura è l'opera di Bryce; per questo rinvio, oltre al mio già ricordato *Starting in reason, ending in passion*, al saggio *Il modello del partito americano nella politologia liberale europea*, in *Il partito americano*, a cura di M. VAUDAGNA, Milano 1991.

[23] F. CAMMARANO, *Strategie del conservatorismo*, cit.

[24] Come vedremo più avanti si tratta di un modello largamente diffuso: mi soffermerò sul riferimento ad esso che si trova in Benedetto Croce.

[25] Questo dibattito è stato analizzato in dettaglio nel mio, *Trasformismo e questione del partito*, cit.

[26] Su cui si veda il già citato volume di F. CAMMARANO, *Il progresso moderato*, cit.

lato e l'ex partito d'azione dall'altro) quanto le dinamiche aggregative legate al passato dei gruppi dirigenti, perché in questo caso si sarebbe al massimo assistito ad una frammentazione regionale che tutti consideravano pericolosa.

Il punto di svolta in materia di partiti non poteva venire in questo contesto che da una recezione attiva di quella che si presentava allora come la teoria principe del partito in Europa: alludo alla lezione di Johann Caspar Bluntschli[27]. Intanto questo autore aveva l'indubbio pregio di aver tematizzato la questione sia nel quadro di una dottrina generale dello Stato, sia nel quadro di un rinvio alla «politica come scienza», prospettive entrambe consone al liberalismo. Egli poi aveva offerto soluzioni interessanti a tutti i principali quesiti che agitavano queste prime fasi del dibattito: aveva ribadito, attraverso il ricorso ad una bizzarra dottrina psicologica, la «naturalità» delle divisioni in politica (un tema squisitamente antigiacobino), ma aveva al tempo stesso sostenuto che questa naturalità valeva solo per i partiti d'opinione, essendo gli altri, quelli basati su raggruppamenti di ceto o di classe, di religione o di etnia, qualcosa di contrastante con l'unità dello Stato e pertanto da respingersi (e questo, come si vede, era un modo per far rientrare dalla finestra quell'opposizione «antifederalista» su cui concordava più o meno tutto il pensiero liberale[28]).

[27] Il giurista svizzero-tedesco divenne un'*auctoritas* a cui si faceva generale riferimento in Europa fino alla fine dell'Ottocento, ma in Italia la sua fortuna rimase viva (pur come rinvio sempre più rituale) fino a tutto il periodo fascista: si veda per esempio la voce *Partito* sull'*Enciclopedia italiana* stesa da Felice Battaglia (1935). Cfr. il mio, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma partito del fascismo*, Bologna 1984, p. 375; G. TURI, *Il fascismo e il consenso degli intellettuali*, Bologna 1980, pp. 89-90. La prima presentazione delle sue tesi sul partito Bluntschli la fece nel 1869 in un volumetto dal titolo *Charakter und Geist der politischen Parteien* (se ne veda la anastatica Aalen 1970); la diffusione delle tesi è però legata al fatto che esso divenne il cap. XII del volume III della sua fortunatissima opera *Allgemeines Staatsrecht* (intitolato *Politik als Wissenschaft*). Sul Bluntschli si veda, M.H. FASSBENDER-ILGE, *Liberalismus, Wissenschaft, Realpolitik*, Frankfurt 1981. Le mie analisi su questo autore sono nei saggi citati alle note precedenti.

[28] Su questo problema del sentimento «antifederalista» di una tradizione

Bluntschli insomma mostrava che non solo era onorevole essere uomini di parte, ma che era inevitabile il riscontro di parti in una società politicamente sana. Il giurista svizzero si era anche spinto, con qualche cautela, sul terreno dell'indagine della forma-partito (il termine si trova già presso di lui[29]) come realtà istituzionale, anche se non realtà che avesse rilievo costituzionale[30], ma questo tema è stato lasciato cadere, almeno per quanto ne so io, dai suoi recettori italiani.

Non occorre dire che questa teorizzazione veniva opportuna in un momento in cui la critica al parlamentarismo cominciava a montare forte e il vecchio tema delle «fazioni» sembrava una spiegazione plausibile ai blocchi della politica. Bluntschli infatti tanto con la teoria dei «partiti naturali», quanto con la sua recisa negazione del carattere legittimo a partiti che non potessero essere articolazioni normali dello spirito pubblico (radicali, liberali, conservatori, «assolutisti») faceva rientrare nella normalità la tensione politica (caratteristica di ogni Stato sano) ed offriva anche una sua ricetta per governare le tensioni indotte dalle ali estreme (radicali e assolutisti) attraverso l'alleanza stabile dei «partiti virili medi» (liberali e conservatori).

dominante nel liberalismo cfr. L. JAUME, *La sovranità nazionale in Francia dalla Rivoluzione a De Gaulle*, in «Ricerche di storia politica», V, 1990, pp. 41-57.

[29] «*Die höchste und reinste Form* der politischen Parteibildung sind unzweifelhaft die Parteien, welche nur durch politische Prinzipien (nicht religiöse, ständische, statsrechtliche und sachliche Gegensätze) bestimmt werden und zugleich das öffentliche Leben fortdauernd in freier Weife begleiten». E più oltre: «Den grössten Fortschritt aber sehe ich darhin, daß je *eine höhere Parteiform* die frühere verdrängt hat, daß die politischen Parteien sich allmählich losgemacht haben von der Mischung mit andern Gegensätze, daß sie mit der Zeit principieller, bewußter und freier geworden sind» (J.C. BLUNTSCHLI, *Charakter und Geist*, cit., pp. 25-27).

[30] «Die Parteien sind keine statsrechtliche, sondern eine politische Institution. Die Politische Parteien sind keine Glieder in dem Organismus des Staatskörpers, sondern sie sind freie... Gesellschaftsgruppen» (*ibidem*, p. 9). Il carattere «istituzionale» e dunque peculiare di queste organizzazioni è peraltro sottolineato più avanti dove si nota come questi partiti abbiano loro forme di disciplina e loro vie per approcciare unitariamente la realtà esterna.

Il divulgatore più fortunato del pensiero bluntschliano è indubbiamente Marco Minghetti, che coniuga nel suo intervento polemico (non a caso il famoso volumetto nasce da un dibattito sulla «dignità dell'istituzione parlamentare») difesa del sistema politico come basato su naturali divisioni d'opinione, circoscrizione della dialettica alla sfera della ricerca di soluzioni (con esclusione del governo da questo ambito) ed infine prospettiva del superamento delle tensioni nell'ottica di una maggiore tecnicizzazione della politica che la spogli dal *pathos* ideologico[31].

Questa parte delle riflessioni è rimasta oscurata da un lato dal contenuto di denuncia che il volume ha riguardo alla «corruzione» del sistema politico che consente ai partiti ingerenze nella sfera dell'esecutivo, dall'altro dalla soluzione trasformistica che qui si adombra e che diventerà poi un cavallo di battaglia dell'attività dell'ultima fase dello statista bolognese. Sul primo punto ci muoviamo nell'ottica di quella separazione fra potere della rappresentanza e potere della gestione che affaticherà tutto il pensiero liberale; sul secondo punto siamo di fronte alla ripresa di una suggestione di Bluntschli che avendo teorizzato la forma perfetta della politica in quattro tendenze (radicale, liberale, conservatrice e reazionaria) aveva sostenuto esservi equilibrio solo quando i

[31] Nello scritto *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna 1882 (ora in M. MINGHETTI, *Scritti politici*, a cura di R. GHERARDI, Roma 1986, pp. 603-761), lo statista bolognese aveva scritto che «al tempo nostro ogni pubblico servigio tende a diventare scientifico e tecnico. Ora la forma parlamentare e il governo di partito sono l'antitesi di questo principio». Nello studio si giungeva fino ad una profezia: «Che se mi fosse lecito far congetture sull'avvenire, direi che il progredire della scienza e della civiltà dee restringer la cerchia dei partiti ed attenuarne i dissensi. Imperocché mano a mano che una verità è stabilita in modo indubitato, questa viene sottratta alla parte opinabile, e tutti si accordano intorno ad essa». Sulla genesi dell'opera minghettiana e per una sua analisi rinvio al mio, *Trasformismo e questione del partito*, cit. Per il contesto a *Marco Minghetti statista e pensatore politico*, a cura di R. GHERARDI-N. MATTEUCCI, Bologna 1988; nonché a H. ULLRICH, *Ragione di stato e ragione di partito. Il «grande partito liberale» dall'unità alla prima guerra mondiale*, in *Il partito politico nella belle époque. Il dibattito sulla forma partito in Italia fra '800 e '900*, a cura di G. QUAGLIARIELLO, Milano 1990, pp. 107-174.

centri dominavano sulle estreme (dunque una coalizione radical-liberale dominata da questi ultimi contro una conservatrice-reazionaria dominata dai primi); ove questo equilibrio non fosse possibile ecco allora la necessaria alleanza dei centri contro le estreme.

Lo schema sembrava adattarsi bene alla situazione italiana e del resto la teoria di Bluntschli era stata accolta favorevolmente un po' da tutti (Jacini, Palma, Mosca: tanto per fare tre nomi[32]). L'unione delle forze liberali sembrava forse tale da far sorgere quel partito dai tratti più marcatamente istituzionali a cui guardavano tutti nella speranza di trovare una capacità di generare obbligazione politica verso un mondo borghese assai poco incline ai doveri pubblici. Alla «trasformazione dei partiti» pensavano tutti ed applaudivano quasi tutti (Palma, per citare ancora una volta questo importante giurista[33]), anche se restavano le differenziazioni su temi marginali. Come *pendant* si assisteva, a partire dalla metà degli anni Ottanta, alla domanda di un «uomo forte» che prendesse in mano le redini del potere esecutivo salvando il prestigio della costituzione liberale. Persino il Bonghi che poi tanto avrebbe detto e scritto contro Crispi era su questa linea[34].

È chiaro che in un contesto di questo tipo anche il riflesso della questione dei partiti nel lavoro della «scienza politica» finiva per essere dominato da queste coordinate senza che da esse si riuscisse a sortire più di tanto. Varrà forse la pena di premettere qualche considerazione sul che cosa si intenda qui come «scienza politica», in una fase in cui non vi è ancora alcuna formalizzazione accademica di un ambito di ricerca connotato sotto questa etichetta. Cerco qui di operare una lettura trasversale tra i tre ambiti che allora contribui-

[32] Per i dettagli rinvio ancora al mio, *Trasformismo e questione del partito*, cit.

[33] Cfr. L. PALMA, *Questioni costituzionali*, Firenze 1885, pp. 348-377. Qui il trasformismo viene presentato come necessità inevitabile dell'evoluzione storica, sino a scrivere di «quell'altro sommo trasformista che fu Garibaldi».

[34] Cfr. R. CAMMARANO, *Il progresso moderato*, cit.

vano ad avviare all'approccio della politica come scienza (intendendo «scienza» in un senso abbastanza lato): il pensiero giuridico-costituzionale; le riflessioni di uomini di scienza che scrivevano sulla politica – e dei partiti di fatto occasionalmente (non stupisca se qui riunisco personaggi diversi come Mosca, Croce e Pareto); la pubblicistica di maggior livello che aveva echi determinanti nell'orientare o stimolare le due categorie sopra ricordate[35].

Se si prende come esempio dell'approccio del pensiero giuridico-costituzionale il riferimento alla questione dei partiti che troviamo nella *Enciclopedia giuridica*, si vedrà che in quest'opera, pur nel rimarchevole arco temporale che va dagli anni Novanta dell'Ottocento alla vigilia della prima guerra mondiale, non vi sono grandi evoluzioni e mediazioni rispetto a quei canoni di stampo liberale che erano stati fissati dal dibattito nell'età di Minghetti[36].

Di recente Maurizio Fioravanti ha richiamato l'attenzione sulla saldatura fra «Stato di diritto» e costituzione imperniata sul governo di gabinetto come una sorta di punto medio in cui, auspice il solito Orlando, la giuspubblicistica poteva far coagulare una forma di Stato né giacobina né assolutista[37]. Ora da un certo punto di vista governo di gabinetto richiama – ed i giuristi dell'epoca ne erano ben consapevoli[38] – un

[35] Colgo l'occasione per far notare ciò che il lettore specialista avrà già colto da sé, e cioè che questo intervento non è che una riflessione per organizzare materiali di studio non completamente esplorati e dunque senza pretesa di dire alcuna parola definitiva (ammesso che sia mai possibile giungere ad un simile risultato).

[36] L'analisi dettagliata di questa fonte è nel mio, *Il problema del partito politico nell'Enciclopedia giuridica italiana*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. MAZZACANE-P. SCHIERA, Bologna 1990, pp. 445-483.

[37] Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit.

[38] Questo del significato del «governo di gabinetto» è uno dei temi più complessi che si possano immaginare nella storia costituzionale europea. Di recente Claudio TOMMASI, *Parlamentarismo e governo di gabinetto nella scienza politica e giuridica del secondo ottocento: Inghilterra, Germania, Italia*, in «Società e storia», XIII, 1990, pp. 583-652, ha fatto un rimarchevole tentativo di studio comparato del problema. Per quanto la

sistema politico saldamente articolato in partiti. Ma a questa conclusione la scienza politica più formalista, o quella a cui faceva comodo esserlo, scappò con l'operazione intellettuale del far precedere lo Stato-persona alla costituzione, con il che ovviamente tutto diveniva «funzione» e dunque, in ultima istanza, presenza o assenza dei partiti erano fatti solo marginalmente rilevanti. Si ricorderà a questo proposito il passaggio fondamentale del problema elettorale: qui per Orlando non esisteva un suffragio come diritto, ma un suffragio come funzione che rendeva possibile porre in essere un organo della sovranità dello Stato, la camera elettiva[39].

Certo noi leggiamo in molti giuristi grandi asserzioni sulla massima «che in uno Stato libero non sia possibile un governo senza i partiti»[40], ma poi questi partiti non sono invocati in sé, ma come funzioni nominali al cui adempimento in fondo provvede automaticamente il sistema: in genere, ma torneremo su questo punto, si rimane alla antica speranza che si possa restaurare in qualche forma la dialettica protoliberale di movimento/resistenza (o quella più ideologica di progresso/conservazione).

In realtà il problema è proprio, a mio avviso, in questo ruolo che viene assegnato ai partiti di essere funzioni del governo di gabinetto e non funzioni della rappresentanza: qui sta l'aporia del liberalismo italiano (e, forse, di quello continentale). Sembra che in quest'ottica si dia ormai una trasposizione formalistica dell'opinione pubblica nell'opinione rappresentata alla camera elettiva, per cui è in questa sola sede che esiste e deve esistere una declinazione dell'attività partitica. Specifichiamo. Come s'è visto Orlando aveva proposto sino dagli anni Novanta che «il miglior modo di intendere, nel loro significato moderno, le espressioni di 'popolo' e di

discussione di singoli passaggi possa essere opportuna, quest'articolo apre un ventaglio di problemi da prendere in grande considerazione.

[39] Cfr. l'analisi di queste posizioni in M.S. PIRETTI, *La giustizia dei numeri. Il proporzionalismo in Italia (1870-1923)*, Bologna 1990, spec. pp. 47-52, ma anche *passim*.

[40] In questo caso la citazione è di G. ARCOLEO, *Forme vecchie, idee nuove*, Bari 1909.

'nazione' consiste nel considerarle equivalenti in sostanza della parola 'Stato', poiché è nello 'Stato' che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica»[41]. In quest'ottica qualsiasi legame dei partiti con un articolarsi della società che potesse aver rilievo sul piano politico veniva ad essere precluso; ma ormai anche la tendenza proto-liberale ad individuare il partito come il legittimo modo di esprimersi dell'«opinione» veniva ad essere messo in crisi dall'emergere ormai di formazioni partitiche in cui si saldavano l'indubitabile natura di «opinione» con l'altrettanto indubitabile natura di istituzione autonoma ed esterna rispetto allo Stato. Il socialismo era per così dire il «modello puro» di questa simbiosi, poiché il partito cattolico veniva per lo più interpretato come una semplice articolazione agitatoria della ben nota istituzione «chiesa» che lo Stato moderno conosceva bene (anche se poi progressivamente si andava realizzando, specie per quel che succedeva in Germania, che le cose non erano più così semplici come nei buoni tempi antichi).

I critici per così dire «realisti» della costituzione – Mosca in testa – non si ritengono più paghi di questa formalizzazione giuridica che circoscrive il pericoloso terreno della rappresentanza, quanto piuttosto spingono per una presa in considerazione del terreno extracostituzionale dove si vanno affermando partiti-setta (la definizione è sempre di Mosca) che riproponendo il modello istituzionale ecclesiastico attentano all'organizzazione moderna della politica che

[41] V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940, p. 440.
Lo Stato, ovvero «die Gesellschaft in ihrer eigentlichen Organisation» aveva scritto Treitschke nella sua tesi di abilitazione del 1859 (citato da D. LANGEWIESCHE, *Sozialgeschichte und Politische Geschichte*, in *Sozialgeschichte in Deutschland*, hrsg. von W. SCHIEDER-V. SELLIN, Göttingen 1986, p. 12). E nel saggio del 1871, *Parteien und Fraktionen*, aveva negato in sostanza legittimità ai partiti in quanto «Der Parteikampf bedroht den Staat mit der Gefahr des Zerfalls, wenn er den Stand gegen den Stand, die Provinz gegen die Provinz, zusammenschaart; ein gesundes Parteileben soll alle Stände, alle Landestheile durchschneiben» (cfr. H. VON TREITSCHKE, *Historische Politische Aufsätze*, III, Leipzig 1871, p. 452). Come si vede la circolarità di queste nozioni non dipende dalla dommatica giuridica!

dovrebbe essere fondata sul libero arbitrio individuale.

Prese le mosse da una critica che voleva essere spregiudicata alla realtà dei partiti parlamentari, i quali già agli inizi degli anni Ottanta gli apparivano totalmente fuori dell'ottica della naturale confliggenza delle idee politiche di fondo[42], lo studioso siciliano sarebbe pervenuto nella sua opera maggiore, gli *Elementi di Scienza Politica* del 1896, a circoscrivere i partiti in un capitolo il cui titolo è già una tesi interpretativa: «Chiese, partiti, sette»[43]. Qui l'approccio realistico che deriva dal contesto positivista fa apprezzare come naturali le aggregazioni con il loro meccanismo di capi e gregari, ma le mantiene anche all'esterno del meccanismo costituzionale. L'organizzazione politica quando non è strumento di moltiplicazione delle capacità di azione di gruppi ristretti o di singoli individui è il parallelo di ciò che la chiesa rappresenta per il fenomeno dell'acculturazione e della formazione degli individui: in sostanza un fenomeno che sfiora la nobilitazione delle superstizioni[44].

È un momento di «crisi dello Stato moderno» in cui compare una trasformazione profonda del classico meccanismo costituzionale dello Stato come Santi Romano avrebbe notato nel 1912 in una famosa prolusione[45]; è un momento di

[42] «L'esistenza dei partiti è certo un fatto necessario nella vita parlamentare, giacché solamente con questo mezzo un certo numero di volontà e d'interessi, coordinandosi e spalleggiandosi a vicenda, possono imporsi a tutto un paese, arrivare al potere e poi tenerlo; ma il credere che i partiti siano davvero fondati sopra differenze serie e costanti di principi e d'idee politiche, ci pare un'opinione non solo contraria alla costante esperienza dei fatti, sia in Italia che negli altri paesi, ma anche assolutamente errata, se così può dirsi, in tesi generale ed astratta». G. MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare. Studi storici e sociali (1884)*, ora in *Scritti politici*, a cura di G. SOLA, Torino 1982, pp. 499-500.

[43] Cfr. G. MOSCA, *Scritti politici*, cit., pp. 738-776.

[44] Per un altro versante dell'approccio moschiano al tema dell'organizzazione della politica si veda M. GRIFFO, *Sistema elettorale e sistema politico in Gaetano Mosca*, in *Il partito politico nella belle époque*, cit. pp. 672-693.

[45] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Scritti minori*, Milano 1990, I, pp. 379-396. Qui rilevo un passaggio interessante (fra i

scoperta di momenti di istituzionalizzazione del sociale fuori dell'ambito del politico, con l'attenzione che si comincia a rivolgere al sindacato-corporazione. Si tratta com'è ben noto di un fenomeno europeo, cui però l'Italia partecipa una volta tanto con apporti originali. La domanda che ci poniamo in questo caso è perché una così attenta ed acuta presa in considerazione delle dinamiche autoctone della società non porti ad una teoria più precisa del partito.

Anticipo subito una risposta, del resto già avanzata in diverse sedi, ma che potrei ora così riformulare alla luce del saggio di Fioravanti cui ho fatto dianzi riferimento: «la nuova idea dello Stato-persona, ... dello Stato in sé al di là e prima della costituzione» era incompatibile con una teoria del partito che lo riconoscesse come snodo del sistema costituzionale. Avrebbe voluto dire rivedere la teoria della rappresentanza su due punti qualificanti: da un lato ammettere che l'elettorato non era una «funzione» nel senso orlandiano, ma era il canale di legittimazione dell'obbligazione politica, il che avrebbe messo in crisi il principio della sovranità così come elaborato dallo Stato di diritto; dall'altro avrebbe significato conferire una funzione rappresentativa al potere esecutivo, cioè entrare in quel difficile territorio in cui da Napoleone a Mussolini, a De Gaulle il costituzionalismo continentale ha avuto amare esperienze[46].

tanti), laddove il giurista coglie il venir meno del meccanismo classico della costituzione liberale, cioè il carattere non-rappresentativo del governo: «Ed è vero che, accanto alle forme di responsabilità giuridica e politica del Governo, indipendentemente da esse e con maggiore efficacia pratica, si è sviluppata una specie di responsabilità sociale dei ministri, che, facendo a meno del Parlamento, pone in diretto contatto popolo e governo. La stessa esistenza di una stampa ufficiosa è un fatto che si potrà deplorare, ma che può precisamente servire a mettere in evidenza questo lato extra-giuridico dell'odierna vita pubblica» (p. 393).

[46] Questo tema della trasformazione del potere di governo è stato varie volte sfiorato, ma non ancora assunto appieno nella riflessione storico-politologica. Più complessa ovviamente la questione che va sotto il nome di «bonapartismo» e che non può qui essere affrontata: cfr. *Der Bonapartismus. Historisches Phänomen und politischer Mythos*, hrsg. von K. HAMMER-P.C. HARTMANN, Zürich-München 1977.

Ovviamente il problema non era più proponibile a partire dal modello costituzionale britannico dopo gli anni Ottanta, e non a caso il cordone ombelicale che legava la cultura politica italiana a quell'esperienza viene troncato (rimane qua e là un organo atrofizzato che recita antiche litanie). Con la coincidenza tra la figura di *leade*r politico e di *premier* e con il carattere semireferendario che prendono le elezioni inglesi a partire dalla data indicata è arduo non dire che il primo ministro britannico ha in senso sostanziale un'investitura rappresentativa diretta[47].

Allora i partiti divengono, secondo una definizione che riprendo qui da Lowell, i «brookers» politici, coloro che mettono in contatto il consumatore di politica con il produttore di decisione politica[48]. Il fenomeno elettorale assume così un rilievo diverso, non è più un sondaggio sull'opinione pubblica perché essa designi i rappresentanti delle sue idee (od i capi naturali delle sue articolazioni: la differenza non è grande), ma diviene un momento di verifica costituzionale sulla gestione dei poteri.

Sarebbe ingiusto dire che la riflessione politica italiana non coglie il problema: nel 1911 Sonnino scriverà sulla «Nuova Antologia» che «il grande problema politico dell'ora presente sta, secondo le espressioni del De Tocqueville, nel difendere la società dalla demagogia mediante la miglior organizzazione della democrazia»[49]. Dietro l'eco dei riferimenti classici (quella democrazia romana e greca che per esempio era stata più volte richiamata dal relatore al Senato

[47] A ciò si aggiunge anche una, seppur più simbolica che sostanziale, riduzione del potere del parlamento. Qui la trasformazione era avvenuta pacificamente e senza troppi clamori: la restrizione del diritto illimitato di interpellanza introdotta da Balfour all'inizio del Novecento aveva scatenato qualche risentimento nei vecchi costituzionalisti – ve ne è una certa traccia nella corrispondenza di James Bryce conservata alla Bodleian Library di Oxford – ma l'evento era stato presto riassorbito.

[48] A.L. LOWELL, *Public Opinion and popular Government*, New York 1913

[49] Cfr. S. SONNINO, *Il partito liberale e il suffragio universale*, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1920*, Bari 1972, II, p. 1590.

della legge elettorale del 1882 Fedele Lampertico[50]) cogliamo quel problema dell'ora che si fa particolarmente vivo con la modesta, ma non insignificante, recezione di Ostrogorski in Italia[51] e che forse potrebbe essere rappresentato nelle famose espressioni dell'articolo di Croce su *Il partito come giudizio e come pregiudizio*, che comparve non per caso sull'«Unità» di Salvemini[52].

Benché il pensiero di Croce non sia mai di agevole manipolazione, il suo famosissimo saggio merita una lettura attenta. Come premessa varrebbe forse la pena di riandare ad un altro intervento dell'anno precedente in cui il filosofo napoletano reagiva all'accalcarsi l'uno sull'altro di «programmi di ogni sorta» sicché «nasce[va] il dubbio che siano stati scambiati e confusi i programmi con la fede»[53]. In questo intervento Croce individuava nell'«indebolimento della coscienza dell'unità sociale» e nelle «meschine lotte di associazioni» il tarlo che rodeva la coesione del sistema politico, una volta che si fossero perse «la religione o la filosofia (con la quale la religione fa tutt'uno)» come punti di riferimento che fornivano la «concezione delle cose sotto specie d'eterno».

Ci si trovava dunque pienamente nell'ottica tradizionale del liberalismo, che considerava il partito da un lato come «partito filosofico» e che dall'altro respingeva fermamente ogni tendenza che potesse consentire all'aggregarsi sul terreno politico della messa in discussione dell'unità dello Stato. Nel più famoso articolo citato prima Croce scendeva più nel dettaglio, mantenendosi in bilico fra una visione che ammetteva la naturalità dei partiti ed un giudizio che ne riduceva il valore al mero terreno strumentale.

[50] Il testo è analizzato nel mio, *Fedele Lampertico e la «scienza politica» dei moderati*, cit.

[51] Cfr. G. QUAGLIARIELLO, *Sulla fortuna italiana di Ostrogorski: partitismo e «leghismo» nell'unità di Salvemini*, in *Il partito politico nella belle époque*, cit., pp. 711-741.

[52] L'articolo fu pubblicato il 6 aprile 1912; lo si veda ora in B. CROCE, *Cultura e Vita morale*, Bari 1955$^3$, pp. 191-198.

[53] B. CROCE, *Fede e programmi*, *ibidem*, pp. 160-170.

Il testo si apriva col famoso paragone dei partiti in politica ai generi letterari nella retorica: strumenti di classificazione, non strumenti di produzione o di creazione. Certo si ammetteva quasi subito che i partiti avevano una radice psicologica ineliminabile, vuoi perché la vita si «meccanizza» in abitudini ed istituzioni, vuoi perché «l'uomo politico deve concretare il suo impeto volitivo tra gli uomini e nelle condizioni in cui è posto, e appoggiarsi a un aggruppamento e avversarne un altro, cioè entrare nel meccanismo dei partiti». Ma a questa ripresa di una componente che abbiamo già vista nel liberalismo (la teoria bluntschliana della naturalità dei partiti, ora sostenuta forse dalle nuove considerazioni della psicologia[54]) si congiunge l'altra componente tradizionale che vuole salvare la libertà dell'individuo e dunque nega ogni carattere istituzionale (e quindi ogni capacità di obbligazione politica) al partito: «se non si voglia che quella cosa giudiziosa che è il partito (giudiziosa, perché creata dal giudizio umano) si muti in pregiudizio».

Così il partito era strumento per portare al successo pratico un'idea che si era affermata nel singolo prima ed al di fuori di esso. I partiti esistenti, o almeno alcuni di essi, invece sembravano distruggere questo libero certame delle idee, vuoi introducendo nel confronto politico la lotta di classe (concetto «pernicioso perché distruttivo della coscienza dell'unità sociale»), vuoi trasformando meccanismi di azione politica in meccanismi «ad orpello di ogni sorta di cupidigie». Di qui la famosa conclusione:

> «I partiti sono necessari nella propria loro cerchia, come derivazione e non come scaturigine dell'azione politica, come conseguenza e non come premessa. La vera azione politica richiede sempre un trarsi fuori dai partiti per affissare, sopra di essi, unicamente la salute della patria; e questo trarsi fuori dal partito è il solo modo di dare vita ad un nuovo partito o di tenere in sana vita quelli esistenti».

Questa posizione è per tanti versi emblematica nella sua

[54] Non si dimentichi che in questa fase siamo nel fiorire della psicologia politica da Tarde a Graham Wallas.

stessa purezza. Essa era lontana dal «realismo» dei Mosca e dei Pareto (che di naturalità positiva del partito/opinione non volevano più sentire parlare e che riducevano la naturalità alla parte per così dire «bestiale» dell'uomo), ma al tempo stesso non accettava l'organizzazione in politica se non come strumento sussidiario alla lotta delle idee.

Ciò che peraltro ci colpisce è che fino al fascismo non c'è in Italia un pensiero politico veramente ostile all'esistenza di partiti (e per la verità nello stesso fascismo i «dottrinari del regime» sono tutti favorevoli al partito, sia pure nella forma di partito unico)[55]. La percezione che la costituzione liberale, pur nell'accezione formalistica che per comodità chiamiamo orlandiana, non sarebbe stata difendibile in un sistema che avesse abolito il nesso partiti-governo di gabinetto era evidentemente diffusa, anche se altrettanto rigida era la volontà di non consentire che questi partiti uscissero dai limiti funzionali già descritti.

In questo contesto l'affermarsi della dottrina dello Stato amministrativo non giovava certo all'ampliamento della percezione di un valore positivo nell'esperienza concreta dei partiti. La complessa costruzione dottrinale che è opera prevalentemente di Santi Romano e di Oreste Ranelletti e che tanto peso avrà nella successiva esperienza italiana[56] centrandosi sul potere del governo e sulla regolamentazione per via giuridica e non politica del conflitto fra privati e Stato (e dunque in definitiva del conflitto sociale) non lasciava spazio a forme di presenza strutturata della società civile sotto forma d'opinione, ma al più sotto forma di agevolazione all'azione di autotutela in caso di conflitto (cioè il sindacato).

Si può cogliere ovviamente qua e là qualche notazione parzialmente discordante. Per esempio nel 1915 il filosofo del

[55] Cfr. il mio, *Demagogia e tirannide*, cit.

[56] Si vedano al proposito le fondamentali e come sempre stimolanti pagine di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA-P. GROSSI, Milano 1990, pp. 45-185.

diritto Vincenzo Miceli esprime una valutazione positiva del partito (sia sull'*Enciclopedia giuridica* che nel suo manuale di filosofia del diritto)[57]. Vale la pena di riportare un passo:

«Nonostante tutti i mali di cui è fecondo il partito è senza dubbio ... una delle forze di coesione che più educano l'individuo umano alla convivenza e lo portano a certi sentimenti, a certe abitudini di disinteresse e di sacrificio per il conseguimento dei comuni scopi ..., senza di che non potrebbe darsi convivenza, soprattutto convivenza civile. Sotto un certo punto di vista si può dire che, senza l'azione dei partiti, i vasti organismi politici moderni non avrebbero potuto costituirsi in forme libere di regime, le quali richiedono appunto il concorso attivo e coordinato di elementi così diversi, diffusi per zone così estese di territorio».

Questo passaggio è interessante perché per questa via non solo viene introdotto un concetto di «partito-educatore» che fino ad allora il liberalismo aveva in ultima istanza sempre respinto (e comprensibilmente: il partito-educatore era una tesi mazziniana ed in ultima istanza una tesi giacobina), ma anche – e non so quanto consapevolmente – una valenza costituzionale dell'organizzazione per partiti. Si viene infatti a riconoscere che il regime moderno in quanto di massa e coinvolgente vastissimi strati di popolazione ha necessità di trovare articolazioni intermedie non essendo più ragionevolmente perseguibile la finzione della società politica di liberi ed eguali.

Il passaggio è delicato e, ripeto, non so quanto consapevole. Certo per quanto mi consta esso non fu allora rilevato come fonte di polemica anche se un ragionamento simile costituisce la base della giustificazione del partito come funzione dello Stato-regime nel fascismo (con la ovvia specificazione che il partito deve essere unico per non spezzare l'unità del politico).

Mi pare maggiormente dominante a livello generale una percezione del fenomeno dell'inquadramento di masse più o

[57] Cfr. il mio, *Il problema del partito politico nell'Enciclopedia giuridica italiana*, cit., p. 465.

meno nuove alla vita politica come un pericoloso momento di decadenza del sistema rappresentativo e di avanzamento di quel «modello americano» che ora viene abbastanza ampiamente citato: forse non è una coincidenza che l'*American Commonwealth* di Bryce apparso per la prima volta nel 1888 e noto in Italia soprattutto per la traduzione francese del 1900 venisse fatto tradurre dal Brunialti nella sua collana nel 1913.

Una ulteriore indiretta conferma di quanto il partito di massa non venisse affatto percepito come un evento costituzionale la si può avere dal lavoro di Michels. Senza entrare qui nella complessa genesi di questo prodotto[58], mi pare di poter ricordare che esso subì più di un'influenza dall'ambiente delle scienze giuridiche e politiche italiane (Mosca e Pareto in specie) con cui lo studioso tedesco ebbe contatto assiduo, mentre il suo debito rispetto a Weber andrà confinandosi nell'impulso iniziale a prendere il partito come soggetto di studio.

Ebbene non solo Michels dichiarerà nella seconda edizione del suo saggio di stupirsi perché in alcune recensioni lo si mette in relazione con Ostrogorski, mentre egli non conosceva nulla dell'«esimio scienziato polacco» (*sic*), ma ci terrà a sottolineare che ciò che lo distingue da quest'opera è proprio il fatto che mentre questa si occupa del fenomeno dei partiti in rapporto alla democrazia, anzi alla sola democrazia americana e britannica, egli si occupa principalmente della vita interna del partito[59].

In fondo la grande dicotomia era questa; il partito poteva essere o il grande fenomeno sociale (tendenzialmente rivoluzionario) di cui il costituzionalista non si doveva occupare

[58] Per una serie di elementi sulla genesi di questo pensiero si veda ora, R. MICHELS, *Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910*, a cura di E.A. ALBERTONI, Milano 1989. Per il mio giudizio su Michels nonché alcuni rinvii alla letteratura, *Introduzione alla storia dei partiti politici*, cit., pp. 219-225.

[59] Cfr. R. MICHELS, *Prefazione alla prima edizione italiana*, pubblicata in appendice a *La sociologia del partito politico*, Bologna 1966, p. 541.

se non eventualmente per le sue potenzialità eversive (ma che interessava il «sociologo» per le leggi sulla dinamica sociale che riusciva ad evidenziare), o il momento parlamentare funzionale di un'opinione pubblica formalizzata relativo alla dinamica del governo di gabinetto (e che in quest'ottica interessava anche al filosofo che si preoccupasse di dare corpo storico alla sua progettualità).

Una riprova di quanto fossero stretti questi confini la si avrà nel lungo dibattito sulla riforma del sistema elettorale fino alla pasticciata introduzione della proporzionale (una storia ora finalmente ricostruita nel dettaglio grazie al lavoro di Serena Piretti[60]). La resistenza ad un sistema che riconosca non «liste», ma «partiti», cioè aggregazioni che possono richiamare nell'elettore un vincolo disciplinare di natura ideologica sarà fortissima e Nitti in persona guiderà la pericolosa operazione che obbedendo all'idea di dover spezzare ad ogni costo il valore di quel vincolo distruggerà la potenzialità di spinta alla riorganizzazione del quadro politico-costituzionale che il nuovo sistema conteneva.

Avranno senz'altro giocato in questa scelta anche non poche considerazioni di bassa tattica elettorale, ma non si può dimenticare che Nitti era un personaggio di una certa statura e che se avesse avuto alle spalle il supporto di una cultura giuridico-politica più consapevole delle trasformazioni cui il liberalismo andava incontro in altri paesi forse non si sarebbe mosso con tanta ottusa determinazione nella difesa di un sistema vetero-notabilare che non esisteva più sul piano sociale e che era una follia sul piano politico.

In ultimo proprio il dibattito sull'introduzione della proporzionale, dove pure il riferimento costituzionale e storico-politico è abbastanza ampio, mostra come in definitiva neppure le forze dei famosi partiti extrasistema avessero a loro disposizione più di tanto armi dottrinali per difendere la legittimità della forma partito come snodo di un sistema costituzionale moderno.

[60] M.S. Piretti, *La giustizia dei numeri*, cit.

Ma il liberalismo italiano era refrattario su questo punto. Il suo grande vate, il Croce, può essere assunto come emblematico del blocco intellettuale di fronte a questa trasformazione della politica. Nella sua *Politica in nuce*, originariamente pubblicata sulla «Critica» nel 1924, il filosofo tornava a dedicare un capitoletto al problema dei partiti politici[61]. Vi si affermavano tesi già note: no all'illusione del partito unico degli onesti, no all'idea che i partiti fossero programmi ideologici («pseudoteorie»), ma no anche alla tesi che non fosse giusto dividersi in politica; in parallelo il ribadire l'idea che «i partiti sono modi offerti alle varie personalità per foggiarsi strumenti d'azione e affermare sé medesime e con sé medesime i propri ideali etici, e compiere sforzi per asseguirli». Infine la lapidaria frase: «i partiti, cioè gli individui nei loro vari e mobili aggruppamenti».

Il liberalismo rimaneva chiuso nel suo dilemma: la piega che avevano preso i partiti a fronte della democrazia non lo soddisfaceva, ma la pretesa che si potesse avere sistema costituzionale rappresentativo senza partiti non lo convinceva. Scrivendo nel 1938 la sua *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Croce componeva una pagina che è a mio giudizio emblematica. Discorrendo del modello bismarckiano e dei suoi esiti, il filosofo citava il Weber del 1917 col suo scritto su parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania[62] per rimarcare l'errore del cancelliere di ferro e dei successori nel comprimere una dialettica di partiti senza la quale non poteva esistere una classe politica. E aggiungeva il Croce, non accorgendosi di quanto stridesse quest'osservazione con i presupposti del suo pensiero:

«I soli partiti che in qualche modo mantennero fisionomia politica furono, per avventura, quelli che il Bismarck perseguitò e volle estirpare, il centro cattolico e i socialisti, che avevano una lor fede e una loro idea, non obbedivano al cenno dei governanti e non

[61] La cito qui da B. Croce, *Elementi di politica*, Bari 1974, pp. 29-36.

[62] La traduzione del saggio egli aveva prontamente promosso nel 1919 presso la Laterza: cfr. D. Coli, *Croce, Laterza e la cultura europea*, Bologna 1983, pp. 82-83 (dove è anche riportato il giudizio di Croce su Weber, espresso alla scomparsa di quest'ultimo).

decaddero a semplici rappresentanti in parlamento degli interessi dell'agricoltura e dell'industria, o di questo e quel ramo dell'industria»[63].

Una pagina prima Croce aveva citato anche James Bryce, naturalmente come *auctoritas* sul modello americano. Anche di Bryce si era tradotto prontamente nel 1922 il libro sulle *Modern Democracies*, che era una sorta di testamento politico dello studioso ottantatreenne in cui nell'immancabile capitoletto sul partito politico si era scritto che sì i partiti non erano gran cosa, ma poi nessuno, neppure il vecchio Goldwin Smith[64], aveva saputo dire come si sarebbe potuto avere un sistema costituzionale-rappresentativo senza partiti.

Insomma il dilemma del liberalismo italiano e della sua scienza politica per quel che riguardava la forma partito aveva robusti corrispettivi nel vecchio liberalismo europeo. Le aperture del *new liberalism*, specie nella sua declinazione fabiana, erano rimaste un fatto insularmente britannico[65]; il pensiero tedesco non era certo in grado di offrire spunti di superamento ai dilemmi considerati, chiuso com'era a maneggiare il trauma del *Parteienstaat*.

Due anni dopo la storia d'Europa di Croce sarebbe stata pubblicata *La costituzione in senso materiale* di Costantino Mortati. Forse si potrebbe prendere quest'opera come mo-

[63] Cfr. B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Bari 1961, p. 293.

[64] Goldwin Smith, *regius* professore di storia moderna ad Oxford fino agli anni Sessanta dell'Ottocento, poi recatosi in America per insegnare alla neofondata Cornell University, poi trasferitosi in Canada, era stato non solo il mentore della Oxford liberale favorevole al *Second Reform Act*, ma era stato il campione della battaglia contro il «modello di Birminghan» di nuovo partito: cfr. i miei, *Ritorno a Birmingham*, cit., pp. 37-62; *Starting in reason, ending in passion*, cit.

[65] Questa vicenda meriterebbe qualche investigazione, soprattutto se si considera quanta fortuna avranno poi alcune ipotesi politiche e scientifiche che discendono da questo clima, come quelle di J.M. Keynes e di W.H. Beveridge. Su questo pensiero cfr. M. FREEDEN, *The New Liberalism. An Ideology of Social Reform*, Oxford 1978; P. CLARKE, *Liberals and social democrats*, Cambridge 1978.

mento di partenza di un nuovo approccio della scienza politica italiana rispetto al tema del partito (un approccio che naturalmente aveva le sue complesse radici nel periodo precedente): un approccio che ponendosi il problema del potere della costituzione come potere d'indirizzo dell'attività di governo superava di necessità le secche del liberalismo che non riusciva ad oltrepassare il partito/opinione legato alla dinamica del governo di gabinetto.

Ma questa è un'altra storia.

# La percezione del partito socialdemocratico da parte delle forze politiche del Secondo Reich.
## Il dibattito al «Reichstag» sui «Sozialistengesetze» nel 1878

di *Marina Cattaruzza*

La storiografia più recente sul Secondo Impero Tedesco è proceduta oltre le tesi formulate a suo tempo dagli esponenti della *Neue Sozialgeschichte* – e in primo luogo da Ulrich Wehler – sulla fatale arretratezza delle strutture politiche dello Stato tedesco, da cui sarebbe derivata quella costante inclinazione a soluzioni di tipo autoritario sfociata poi nella catastrofe del nazionalsocialismo.

La «nuova storia sociale» aveva focalizzato la propria ricerca (e la propria critica) su quegli aspetti dell'assetto politico-istituzionale che facevano del *Kaiserreich* piuttosto una monarchia costituzionale che un sistema parlamentare compiuto: l'irresponsabilità del governo rispetto al *Reichstag*, la nomina imperiale del cancelliere, il peso ingombrante della Prussia – dove continuava a vigere il famigerato *Dreiklassenwahlrecht* –, il ruolo della burocrazia, in cui si incarnava di fatto la continuità dello Stato ed, infine, le ampie prerogative della Corona nei delicatissimi settori della politica estera e della difesa[1].

Contributi più recenti, in primo luogo da parte della storiografia anglosassone, hanno invece esaminato con maggior attenzione la realtà politico-sociale del Secondo *Reich*, met-

[1] Cfr. per un profilo istituzionale del Secondo Impero Tedesco K. von BEYME, *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, München 1970, pp. 232-247; una sinossi delle tesi di Wehler in H.-U. WEHLER, *Das Deutsche Kaiserreich 1871-1918*, Göttingen 1973. Per una critica a Wehler cfr. T. NIPPERDEY, *Wehlers «Kaiserreich». Eine Kritische Auseinandersetzung*, ora in T. NIPPERDEY, *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, Göttingen 1976, pp. 360-389.

tendone in luce gli elementi di «modernità» e contestando quindi, esplicitamente, la tesi della «via particolare», gravida di sciagure, su cui si sarebbe incamminata la Germania già al tempo del suo costituirsi in unità statuale[2].

In effetti, il *Kaiserreich* era caratterizzato da un livello relativamente ampio di organizzazione politica e dal precoce strutturarsi di gruppi di interesse, più o meno strettamente collegati ad un referente partitico. Vi si andava inoltre attuando il tendenziale superamento della dimensione locale-regionale delle forze politiche, a favore di strutture partitiche omogenee a livello nazionale[3]. Quest'ultimo fenomeno subì un'ac-

[2] Un classico esempio di tale corrente storiografica è dato dallo studio di D. BLACKBOURN-G. ELEY, *Mythen deutscher Geschichtsschreibung: Die gescheiterte bürgerliche Revolution von 1848*, Frankfurt-Berlin 1980. Per la replica di Wehler cfr. H.-U. WEHLER, *«Deutscher Sonderweg» oder Probleme der westlichen Kapitalismus? Zur Kritik an einigen «Mythen deutscher Geschichtsschreibung»*, in «Merkur»,1981, n. 396, pp. 478-487. Per la riformulazione più recente delle tesi di Eley cfr. G. ELEY, *Capitalism and the Wilhelmine State: Industrial Growth and Political Backwardness, 1890-1918*, in G. ELEY, *From Unification to Nazism. Reinterpreting the German Past*, Boston-London-Sidney 1986, pp. 42-58. Soprattutto attraverso l'Istituto storico tedesco di Londra si è poi affermato, a partire dagli anni Ottanta, un approccio comparato di storia della Germania e della Gran Bretagna durante l'età industriale. Tali studi hanno svolto un'importante funzione di correttivo rispetto alla storiografia ispirata alla tesi del *Sonderweg*. Cfr. per es. *Die Entstehung des Wohlfahrtsstates in Grossbritannien und Deutschland 1850-1950*, hrsg. von W.J. MOMMSEN-W. MOCH, Stuttgart 1982; *Auf dem Wege zur Massengewerkschaft. Die Entwicklung der Gewerkschaften in Deutschland und Grossbritannien 1880-1914*, hrsg. von W.J. MOMMSEN-H.G. HUSUNG, Stuttgart 1984; U. WENGENROTH, *Unternehmensstrategien und technischer Fortschritt. Die deutsche und britische Stahlindustrie 1865-1895*, Göttingen-Zürich 1986. Cfr. anche G.A. RITTER, *Sozialversicherung in Deutschland und England. Entstehung und Grundzüge im Vergleich*, München 1983. Ma è Jürgen Kocka a fare il punto – per ora in maniera inconfutata – sul nodo storiografico del *Sonderweg*. Cfr. J. Kocka, *German History before Hitler: The Debate about the German Sonderweg*, in «Journal of Contemporary History», 23, 1988, pp. 3-16.

[3] Cfr. W. BOLDT, *Die Anfänge des deutschen Parteiwesens. Fraktionen, politische Vereine und Parteien in der Revolution 1848, Darstellung und Dokumentation*, Paderborn 1971; D. LANGEWIESCHE, *Die Anfänge der deutschen Parteien. Partei, Fraktion und Verein in der Revolution von 1848/49*, in «Geschichte und Gesellschaft», IV, 1978, pp. 324-361. G.A. RITTER, *Die deutschen Parteien 1830-1914*, Göttingen 1985, pp. 10-48;

celerazione notevole grazie alla scelta del partito socialdemocratico di utilizzare le scadenze elettorali come momenti di propaganda dell'idea socialista e di presentare quindi propri candidati anche in quei distretti elettorali in cui non sussisteva alcuna *chance* di vittoria[4]. Di conseguenza, pure gli altri partiti furono spinti a superare la dimensione regionale della competizione elettorale – basata sul calcolo delle probabilità di imporre il proprio candidato – e assunsero, tendenzialmente, la fisionomia di forze politiche nazionali[5]. Un simile comportamento elettorale indusse un consolidamento delle rispettive strutture organizzative, contribuendo a rendere più omogenei gli stessi *milieu* socio-politici che ai partiti facevano riferimento[6]. Dal canto suo, anche l'organizzazione sindacale delle *Freie Gewerkschaften* diede notevole impulso alla formazione di associazioni di datori di lavoro estese a tutti gli imprenditori di un determinato settore economico, sorte per fronteggiare l'organizzatissima controparte operaia[7]. Una forza politica «antisistema», qua-

G.A. RITTER, *Politische Parteien in Deutschland vor 1918*, in G.A. RITTER, *Arbeiterbewegung, Parteien und Parlamentarismus. Aufsätze zur deutschen Sozial- und Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen 1976, pp. 102-115; T. NIPPERDEY, *Die Organistation der deutschen Parteien vor 1918*, Düsseldorf 1961.

[4] G.A. RITTER, *Die deutsche Parteien*, cit. Cfr. anche il *case study* dello stesso Ritter sul comportamento elettorale della socialdemocrazia in Sassonia: G.A. RITTER, *Das Wahlrecht und die Wählerschaft der Sozialdemokratie im Königreich Sachsen 1867-1914*, in *Der Aufstieg der deutschen Arbeiterbewegung. Sozialdemokratie und Freie Gewerkschaften im Parteiensystem und Sozialmilieu des Kaiserreichs*, hrsg. von G.A. RITTER, München 1990, pp. 49-102.

[5] Tuttavia, alla vigilia della guerra mondiale, la nazionalizzazione delle forze politiche del *Kaiserreich* era lungi dall'essere conclusa. Ancora in occasione delle elezioni del 1912, solo la SPD aveva presentato propri candidati in più del 60% dei distretti elettorali. Cfr. G.A. RITTER, *Die deutschen Parteien*, cit., p. 19. Inoltre, i processi di centralizzazione organizzativa e di integrazione a livello nazionale vennero condotti in misura diversa dalle diverse forze politche. Cfr. al riguardo T. NIPPERDEY, *Die Organistation der deutschen Parteien*, cit.

[6] Cfr. M.R. LEPSIUS, *Parteiensystem und Sozialstruktur: Zum Problem der Demokratisierung der deutschen Gesellschaft*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, hrsg. von G.A. RITTER, Köln 1973, pp. 56-80.

[7] Cfr. per il caso dell'industria navalmeccanica M. CATTARUZZA, *Arbeiter*

le era senz'altro la socialdemocrazia nel *Kaiserreich* germanico, si trovò dunque a svolgere una funzione di primo piano rispetto ai processi di unificazione ed omogeneizzazione di forze politiche e sociali – più o meno *staatserhaltend* – che si erano sviluppate in un contesto fortemente regionalizzato, all'interno di una struttura statuale federativa.

Va qui inoltre tenuto presente che già nel 1867 il parlamento della Confederazione degli Stati tedeschi del Nord fu eletto a suffragio universale (maschile). Il suffragio universale venne poi adottato anche per l'elezione del *Reichstag* del neocostituito Impero tedesco.

Anche la tesi della scarsa incidenza del *Reichstag* nei confronti del governo è stata considerevolmente ridimensionata: soprattutto dopo la caduta di Bismarck, nel 1890, i cancellieri che si susseguirono erano di fatto costretti ad appoggiarsi ad una maggioranza parlamentare, se non volevano veder paralizzata l'intera attività legislativa. Non a caso, nel 1909, il governo del cancelliere Bernhard von Bülow fu fatto cadere su un progetto di legge di riforma fiscale bocciato dal parlamento[8].

Resta comunque il dato di fatto, che lo spazio a disposizione dei partiti politici nel *Kaiserreich* germanico era alquanto ridotto. Peter Nettl ha caratterizzato efficacemente la loro situazione come impossibilità di conquistare il potere politico[9]. Di conseguenza, i partiti tedeschi erano costretti a ri-

*und Unternehmer auf den Werften des Kaiserreich*, Stuttgart 1988; alcune indicazioni generali in P. ULLMANN, *Tarifverträge und Tarifpolitik in Deutschland bis 1914*, Frankfurt 1977. Riflessioni di straordinaria modernità sulla «complementarietà» tra capitalismo e movimento operaio in F. NAUMANN, *Die politischen Parteien*, Berlin 1910, pp. 78-107.

[8] G.A. RITTER, *Die deutschen Parteien*, cit., p. 30; dello stesso, *Entwicklungsprobleme des deutschen Parlamentarismus*, in G.A. RITTER, *Arbeiterbewegung, Parteien, Parlamentarismus*, cit., pp. 158-189; K.E. BORN, *Von der Reichsgründung bis zum Ersten Weltkrieg* (Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, 16), München 1983, pp. 238-244.

[9] P. NETTL, *Il partito socialdemocratico tedesco degli anni 1890-1914 come modello politico*, in *L'origine dei partiti nell'Europa contemporanea 1870-1914*, a cura di M. BRIGAGLIA, Bologna 1985, pp. 217-246, qui p. 217.

nunciare a quella che, in un sistema politico di tipo parlamentare, sarebbe dovuta essere la loro principale funzione. Alla marginalità del ruolo politico dei partiti nell'ambito della costituzione tedesca va fatto risalire il loro oscillare tra la pura petizione di principi (*Weltanschauungsparteien*), in un primo tempo, e la rappresentanza di interessi parziali in un secondo tempo[10].

Nella società guglielmina, d'altronde, lo *status* di deputato al *Reichstag* godeva di scarso prestigio e i giovani di belle speranze preferivano indirizzare i loro sforzi in direzioni più promettenti, quali il mondo dell'industria o l'alta burocrazia statale. Non fu senza motivo che dopo il 1890 i partiti tedeschi (con la parziale eccezione della socialdemocrazia) non fossero in grado di esprimere politici di alta caratura. Questo fatto ebbe poi conseguenze nefaste nel periodo weimariano, quando le forze politiche si trovarono ad assumere la gestione del potere con un personale che, nel suo complesso, non disponeva delle qualità che la gravità della situazione avrebbe richiesto[11].

I partiti si irrigidirono precocemente in una specie di gestione burocratica del proprio apparato organizzativo e di conservazione del proprio *milieu* elettorale, rinchiudendosi in un ambito ideale-culturale alquanto angusto. Essi si mostrarono, di conseguenza, poco attrezzati a recepire e gestire quegli elementi di dirompente novità che andavano manifestandosi, anche e soprattutto a livello di sensibilità collettiva, nel corso del primo conflitto mondiale. Anche per questo, la scena politica weimeriana fu caratterizzata – e destabilizzata – dalla presenza di movimenti antiparlamentari a forte carica emotiva, che ben poco si integravano nel sistema di partiti ereditato dal Secondo *Reich* (e che andranno a rafforzare le due forze politiche estreme e «nuove»: la NSDAP e la KPD)[12].

[10] T. Nipperdey, *Lineamenti di storia dei partiti nella Germania del XIX secolo*, in *L'origine dei partiti*, cit., pp. 187-216.

[11] T. Nipperdey, *Die Organisation der deutschen Parteien*, cit., pp. 393-406.

[12] *Ibidem*.

È indubbio che il Secondo *Reich* seguì un processo di modernizzazione diffusa ed accelerata: i livelli di urbanizzazione, migrazione interna ed industrializzazione, verificatisi a cavallo del secolo, non hanno paragone in Europa. Un giudizio analogo vale per il livello di autoorganizzazione dei diversi gruppi sociali e per la capacità da essi dimostrata di pervenire ad accettabili compromessi sul piano dei rispettivi interessi, al di fuori di una mediazione politica esterna. La «modernità» del *Kaiserreich* era tuttavia fortemente connotata in senso corporato: la crisi del liberalismo tedesco ha qui una delle sue radici[13].

Il progetto di una rappresentanza dei diversi gruppi economici, che affiancasse o sostituisse la rappresentanza parla-

[13] Cfr. H.A. WINKLER, *Liberlismus und Antiliberalismus. Studien zur politischen Sozialgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts,* Göttingen 1979. Sui gruppi di interesse cfr. *Interessenverbände in Deutschland,* hrsg. von H.J. VARAIN, Köln 1973; *Staat und Verbände. Zur Theorie der Interessenverbände in der Industriegesellschaft,* hrsg. von R. STEINBERG, Darmstadt 1985. Cfr. sul moderno corporativismo in Germania anche il saggio fondamentale di W. ABELSHAUSER, *The First Post-Liberal Nation: Stages in the Development ot Modern corporatism in Germany,* in «European History Quarterly», 14, 1984, pp. 285-318, in particolare pp. 288-296. Sul nodo storiografico del rapporto tra organizzazione delle forze sociali ed insufficienze del sistema politico del Secondo *Reich* rimando all'equilibrato ed acuto giudizio di Innocenzo Cervelli: «Certamente non è postulabile un accostamento tra Verein e Verband, semplicemente sulla base della 'proposta teorica corporativa'. Storicamente, al primo è attribuibile una virtualità democratica e al secondo antidemocratica; il primo fu tramite per la genesi del partito politico, il secondo ne determinò una contrazione del tasso di rappresentatività; le epoche, anche sul lungo periodo se si vuole, che i due organismi associativi finirono con l'esemplificare, sono tra loro incommensurabili; tutti e due, però, sembrano aver avuto un tratto comune: l'invadenza della rappresentanza degli interessi organizzati sulla rappresentanza politica nel senso parlamentare dell'espressione. Il carattere anomalo e deficitario del parlamentarismo tedesco sembrerebbe quindi anche dovuto alla ristrettezza di spazio che fu propria al partito politico e al sistema dei partiti, a sua volta dovuta al predominio esercitato nella e sulla società civile da forme autonome ed extraparlamentari di organizzazione della stessa, difficilmente incanalabili lungo un tracciato istituzionale al quale non fossero in grado di sovrapporsi e sul quale non fossero in grado di prevaricare» (I. CERVELLI, *La Germania dell'Ottocento. Un caso di modernizzazione conservatrice,* Roma 1988, pp. 189-190).

mentare, veniva proposto con insistenza ancora durante la Repubblica di Weimar, non solo dalle organizzazioni del *Mittelstand* reazionario, ma anche dagli esponenti della grande industria[14]. Nel 1917 Max Weber, assieme a Friedrich Naumann, uno dei più convinti assertori della necessità di una completa democratizzazione in senso parlamentare dello Stato tedesco, riteneva opportuno dedicare il lungo saggio su «Sistema elettorale e democrazia in Germania» ad una confutazione puntuale delle tesi corporative[15].

Va infine tenuto presente che nell'Impero tedesco la concezione della priorità dello Stato rispetto alla società civile (e quindi rispetto ai partiti, che di questa erano espressione) costituiva uno dei capisaldi della cultura politica. Non a caso, gli stessi partiti (esemplari al riguardo le posizioni dei liberali) tendevano, in un primo tempo, a considerare la divisione in «fazioni» come un fenomeno negativo, frutto di un temporaneo obnubilamento delle coscienze, destinato ad essere superato una volta che il popolo avesse riconosciuto il proprio vero interesse[16]. Come è noto, Otto Hintze e Heinrich von Treitschke rivendicavano nel primato dello Stato la specificità della nazione tedesca.

2. Il dibattito sui *Sozialistengesetze*, svoltosi al *Reichstag* nei mesi di settembre e ottobre del 1878, offre numerose indicazioni rispetto alle tematiche sovraelencate. Da una parte, infatti, i partiti rappresentati al *Reichstag* dovevano prendere posizione sulla legittimità o meno di misure coercitive rispetto ad una delle componenti del *Reichstag* stesso, e quindi sul tema della libertà politica e dei suoi limiti, dall'al-

[14] Cfr. su questo tema H.A. WINKLER, *Liberalismus und Antiliberalismus*, cit.

[15] Ora in M. WEBER, *Gesamtausgabe im Auftrag der Kommission für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, 15: *Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914-1918*, hrsg. von W.J. MOMMSEN, Tübingen 1984, pp. 347-396.

[16] T. NIPPERDEY, *Lineamenti di storia dei partiti*, cit., pp. 190-197, 205-209.

tra si trattava di identificare le ragioni della diffusione della socialdemocrazia e di proporre possibilmente dei rimedi.

La scena si svolgeva otto anni dopo l'umiliazione dei francesi a Sedan e la proclamazione del *Reich* germanico a Versailles. In mezzo c'erano stati il *Kulturkampf* contro i cattolici, il *boom* industriale postunitario, «drogato» dalle riparazioni francesi, il *crack* della borsa di Berlino, la Grande depressione. Bismarck governava appoggiandosi ad una maggioranza di conservatori e nazional-liberali, maggioranza destinata a dissolversi alcuni mesi dopo per il disaccordo di una parte dei liberali sulla nuova politica protezionistica del governo. La proposta di legge contro la socialdemocrazia fu presentata al *Reichstag* per iniziativa del cancelliere dopo che l'imperatore Gugliemo I era rimasto gravemente ferito in un attentato compiuto da uno squilibrato, di cui non erano stati comunque provati i legami con il partito socialdemocratico. Sull'onda dell'emozione popolare prodotta dall'attentato Bismarck riteneva di essere ora in grado di far passare le leggi contro la socialdemocrazia, mentre un analogo progetto di legge, presentato alcuni mesi prima in occasione di un primo attentato contro il *Kaiser*, non aveva avuto il sostegno della maggioranza parlamentare.

I *Sozialistengesetze* prevedevano, di fatto, per la socialdemocrazia, il divieto di ogni attività politica che andasse al di là della partecipazione alle scadenze elettorali e all'attività parlamentare. Non solo venivano vietati giornali, circoli, organizzazioni sindacali ed assemblee di orientamento socialista, ma era prevista pure la chiusura di tipografie o altre imprese economiche collegate in qualche modo al partito, nonché delle osterie in cui erano soliti riunirsi i simpatizzanti della *Sozialistische Arbeiterpartei*[17]. Gli attivisti di maggior spicco potevano venir espulsi a discrezione dell'autorità di polizia. Infine, nei centri in cui la presenza socialista fosse partico-

[17] W. PACK, *Das parlamentarische Ringen um das Sozialistengesetz Bismarcks 1878-1890*, Düsseldorf 1961, soprattutto pp. 8-114. Cfr. anche G.A. RITTER, *Die sozialdemokratische Arbeiterbewegung Deutschlands bis zum Ersten Weltkrieg*, in G.A. RITTER, *Arbeiterbewegung, Parteien und Parlamentarismus*, cit., pp. 21-54, in particolare pp. 28-34.

larmente vivace e numerosa, era prevista la possibilità di dichiarare «il piccolo stato d'assedio», con gravi limitazioni per l'esercizio della libertà di riunione e di opinione (ogni assemblea e diffusione di volantini avrebbe dovuto essere sottoposta preventivamente al vaglio dell'autorità di polizia)[18]. Tali misure venivano motivate, tra l'altro, con la considerazione che gli obiettivi del movimento operaio internazionale rappresentavano «una rottura con tutto lo sviluppo giuridico degli stati civili, quale si è andato configurando fino ad oggi, ed un radicale rivolgimento dal basso dei rapporti di proprietà dati»[19].

Come è noto, i *Sozialistengesetze* fallirono completamente l'obiettivo dichiarato di eliminare dalla scena politica il movimento operaio internazionalista. Nonostante le pesanti restrizioni imposte allo svolgimento di una normale attività politica, la socialdemocrazia riusciva già in occasione delle elezioni del 1881 a far eleggere 12 deputati, tre in più rispetto a quelli che sedevano al *Reichstag* nel 1878[20]. L'attività associativa continuò alla base, sotto etichette di comodo (circoli di lettura, gruppi sportivi e, addirittura, associazioni di fumatori di sigaro), mentre la redazione del «Sozialdemokrat» si trasferiva in Svizzera, dove continuava a far uscire il giornale che veniva poi diffuso clandestinamente in Germania[21]. All'inizio del 1890 il parlamento bocciava un ulteriore prolungamento dei *Sozialistengesetze*, mentre nel febbraio

[18] Tra il 1878 e il 1890, periodo in cui rimase in vigore la legge, 900 socialdemocratici vennero colpiti dal provvedimento di espulsione. Cfr. G.A. RITTER, *Die sozialdemokratische Arbeiterbewegung*, cit., p. 28. La trattazione più completa delle conseguenze del *Sozialistengesetz* sulla socialdemocrazia e degli *iter* parlamentari seguiti per il prolungamento della legge in W. PACK, *Das parlamentarische Ringen*, cit., pp. 115-241. Cfr. anche V.L. LIDTKE, *The outlawed Party. Social democracy in Germany, 1878-1890*, Princeton 1966.

[19] Cfr. *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 4. Legislaturperiode. I. Session 1878*, I, Berlin 1878 (Aktenstück Nr. 4 Sozialistengesetz), p. 4.

[20] W. PACK, *Das parlamentarische Ringen*, cit., p. 131.

[21] G.A. RITTER, *Die sozialdemokratische Arbeiterbewegung*, cit., pp. 28-31. W. PACK, *Das parlamentarsiche Ringen*, cit., pp. 133-135, 175-185.

dello stesso anno la socialdemocrazia otteneva una grande vittoria elettorale, portando il numero dei propri mandati a 35[22]. Sulla scia di questa clamorosa sconfitta politica, Otto von Bismarck consegnava alcuni mesi dopo le proprie dimissioni al nuovo imperatore Guglielmo II, dal quale lo dividevano pure profonde divergenze sulla questione sociale e sulle stesse prerogative del cancelliere. La fine dell'era bismarckiana veniva così a coincidere con il riconoscimento, sia pure non particolarmente gradito, del partito socialdemocratico quale rappresentanza politica della classe operaia tedesca.

Le disposizioni generali della legge, da cui derivavano le concrete misure repressive esposte nei paragrafi successivi, stabilivano: «Sono da vietarsi associazioni che perseguano aspirazioni socialdemocratiche, socialiste o comuniste, volte a minare il presente ordine dello Stato o della società»[23].

A favore di questa enunciazione programmatica presero ripetutamente la parola parlamentari delle frazioni conservatrice e nazional-liberale, esponenti cioè di quelle forze politiche che rappresentavano ancora la maggioranza su cui si appoggiava il governo. Gli argomenti addotti per la messa fuori legge di una forza politica presente al *Reichstag* con nove deputati ed organizzata in modo capillare a livello sociale parafrasavano per lo più il testo della legge, ribadendo che non poteva aver diritto di cittadinanza un partito che si proponesse di sovvertire gli ordinamenti statuali e sociali esistenti. Il deputato conservatore Friedrich Oskar von Schwarze, membro della commissione incaricata di illustrare la legge al parlamento, forniva forse la giustificazione concettualmente più aderente con le misure antisocialiste, affermando che la socialdemocrazia non poteva essere considerata un partito nel senso proprio del termine:

«Non esiste nello Stato un partito che nella legalità si proponga di negare, minare e distruggere tutti i fondamenti più alti dello Stato

[22] K.E. Born, *Von der Reichsgründung*, cit., pp. 165-173.

[23] *Stenographische Berichte*, cit., p. 2.

e della società borghese. Una simile associazione non è un partito politico in senso stretto. Ogni partito politico che voglia e debba aspettarsi di essere riconosciuto nello Stato deve lavorare sul terreno preordinato dell'ordinamento statuale e sociale. Un partito che dichiari guerra a questo ordinamento dello Stato e della società non può fare appello, per la propria difesa, al fondamento giuridico che ne sta alla base, mentre è appunto intento a minare tale fondamento»[24].

Di contro, il deputato liberale Ludwig Barmberger si limitava a prender atto pragmaticamente del fatto che gli «scopi della socialdemocrazia si oppongono alla sopravvivenza di una società e di uno Stato come noi ce li immaginiamo»[25].

In un ambito di argomentazioni sostanzialmente simili, la componente conservatrice tendeva comunque ad accentuare il pericolo che la socialdemocrazia rappresentava in primo luogo per lo Stato. Esemplare al riguardo l'intervento del deputato Adolf barone von Marschall:

«Quando si tratta di decidere se sia il caso di concedere ad un'associazione che persegua un fine politico il diritto alla libera espressione della propria opinione, se sia il caso di riconoscerla come fattore legittimo della vita politica, come partito politico, una cosa è da pretendersi: che esista almeno un qualche legame tra tale associazione e lo Stato, che tale associazione non neghi lo Stato, come fa la socialdemocrazia già nei confronti dell'assetto elementare-spaziale di questo Stato, quale espresso dalle parole 'paese natio' o 'patria' (*Heimat*, *Vaterland*). È del tutto evidente che non possono essere applicate le garanzie del diritto di opinione ad un partito che dichiari apertamente: noi vogliamo distruggere lo Stato, noi vogliamo sostituire l'ordine sociale esistente con il proletariato internazionale. Chi è disposto a concedere tali garanzie, chi tuteli la socialdemocrazia o un'associazione con tali tendenze, pecca a mio parere contro il primo dei doveri politici, cioè il dovere di autoconservazione»[26].

Analoghi argomenti venivano ribaditi dal conservatore von

[24] *Ibidem*, p. 254.

[25] *Ibidem*, p. 52.

[26] *Ibidem*, p. 114.

Flottwell, il quale sosteneva che la legge contro i socialisti traeva origine dall'essenza stessa dello Stato, a cui non poteva essere negata la potestà di difendere la propria esistenza, anche con mezzi eccezionali qualora le circostanze lo richiedessero: «per dirla in modo banale ma efficace, lo Stato deve difendere la propria pelle quando venga attaccato da partiti che vogliono annientarlo senza pietà»[27].

Era naturale che per raggruppamenti politici che avevano aderito pienamente al modello di Stato tedesco unificato sotto egemonia prussiana, forgiato da Bismarck «con il sangue e il ferro» nel corso di tre guerre, il carattere internazionalista del partito socialdemocratico dovesse risultare particolarmente odioso.

Il deputato Otto Heinrich von Helldorf-Bedra definiva i socialdemocratici come il «reparto tedesco» del partito internazionale dei comunisti[28]. Il nazional-liberale Barmberger riteneva che proprio in Germania, dove il sentimento nazionale non si era ancora sufficientemente consolidato, la socialdemocrazia rappresentasse un pericolo particolarmente grave. E concludeva:

«Il più arrabbiato dei comunisti francesi o italiani è ancora un patriota, paragonato a quegli esemplari che siamo in grado di produrre noi in Germania, quando si tratti di mettere in gioco la stessa esistenza della nazione per una lotta di partito»[29].

L'aspirazione liberale di rappresentare il popolo al di sopra dei particolarismi e dei privilegi riecheggia infine nelle parole del nazional-liberale von Getz, che ammoniva solennemente i colleghi a rinunciare ad una politica di fazio-

[27] *Ibidem*, p. 328.

[28] *Ibidem*, p. 36.

[29] *Ibidem*, p. 52. Sul rapporto, spesso conflittuale, tra il principio dell'unità nazionale e quello del pluralismo politico cfr. T. NIPPERDEY, *Nationale Einheit und demokratischer Pluralismus als historisches Problem*, in *Deutschland und Europa in der Neuzeit. Festschrift für Karl Otmar Freiherr von Aretin zum 65. Geburtsstag*, hrsg. von R. MELVILLE-C. SCHARF-M. VOGT-U. WENGENROTH, Stuttgart 1988, I, pp. 99-108.

ni a favore di una politica patriottica, poiché l'ora era grave[30].

Rispetto ai conservatori, i nazional-liberali si dimostrarono maggiormente capaci di definire quale fosse «l'ordinamento della società» minacciato dalla socialdemocrazia. Infatti, l'unico esponente di parte conservatrice che prendeva posizione su tale argomento, il consigliere segreto Hans von Kleist-Retzow, si limitava ad enunciare una serie di luoghi comuni, secondo i quali la socialdemocrazia intendeva abolire ogni differenza basata sulle qualità umane e quindi ogni differenza tra bene e male, estirpare ogni religiosità e senso morale tra il popolo, glorificare l'omicidio, distruggere la famiglia e l'istituzione del vincolo matrimoniale[31]. Riferendosi poi all'attentato contro Guglielmo I, da cui aveva tratto occasione la presentazione del progetto di legge, ammoniva: «Quando scorre il sangue del re l'ordinamento statale viene colpito nel suo centro vitale»[32].

Più lucidamente, invece, la componente nazional-liberale individuava il pericolo rappresentato dal movimento operaio per «gli ordinamenti della società» nel rifiuto della proprietà privata e nel principio della lotta di classe. Il liberale Wilhelm Löwe dichiarava drasticamente che organizzare la guerra di una classe contro le altre costituiva di per sé una forma di abuso dei diritti politici. Non senza motivo, Löwe individuava nella socialdemocrazia una forza che avrebbe rivolto lo sviluppo della società in direzione opposta a quella auspicata dal pensiero liberale.

«Cosa vogliono i socialdemocratici? ... Essi vogliono qualcosa che contraddice completamente lo sviluppo dell'intera società e tutti gli sforzi del liberalismo. Noi abbiamo impegnato tutte le nostre forze per stabilire l'uguaglianza dei cittadini dello Stato, affinché, a

[30] *Stenographische Berichte*, cit., p. 210.

[31] *Ibidem*, p. 71.

[32] *Ibidem*, p. 72. Sulle origini del carattere sacrale del corpo del re come sede della sovranità cfr. il classico studio di E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Torino 1989.

prescindere dalle diversità nella vita, esistessero uguali diritti e uguali doveri. Questa uguaglianza viene abolita se un ceto si organizza come un'entità particolare, con particolari interessi, che cerca di imporre con mezzi particolari»[33].

La stessa esistenza del partito socialdemocratico costituiva una smentita clamorosa alle aspettative dei liberali, secondo i quali la libera competizione delle idee avrebbe portato all'affermazione dei loro principi in tutta la società (o almeno tra la parte educata di essa), in ragione della loro obiettiva superiorità. In realtà, in seguito alla prima industrializzazione, alla Grande depressione ed alla crescente integrazione dell'economia tedesca sul mercato internazionale, i rapporti tra le forze sociali e la strutturazione degli interessi andavano assumendo indirizzi completamente diversi da quelli elaborati dai liberali della *Paulskirche*. Il loro punto di osservazione, infatti, era dato da una società di piccoli produttori, che lavorava per un mercato ristretto e su cui la classe colta borghese era ancora in grado di esercitare senza sforzo la propria egemonia[34]. D'altronde, come ha acutamente messo in luce Karl Rohe, premessa fondamentale del liberalismo è che la società politica non superi un certo ordine di grandezza[35].

3. Il fronte degli oppositori alla legge era costituito, oltre che dai socialdemocratici stessi, dal Centro cattolico, dal partito del Progresso (liberali di sinistra) e da raggruppamenti minori come i polacchi, i danesi dello Schleswig ed i rappresentanti dell'Alsazia-Lorena. Comune a queste componenti del *Reichstag* era il timore che la legge potesse venir estesa arbitrariamente a qualsiasi partito la cui attività risul-

[33] *Stenographische Berichte*, cit., p. 160.

[34]. Cfr. D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, Frankfurt 1988, soprattutto pp. 27-34.

[35] K. ROHE, *Politischer Liberalismus – ein Übergangsphänomen in der modernen Gesellschaft?*, in *Politischer Liberalismus in der Bundesrepublik*, hrsg. von L. ALBERTIN, Göttingen 1980, pp. 288-298.

tasse molesta al governo in carica. Si avvertiva infatti il pericolo che qualsiasi programma riformatore avrebbe potuto essere accusato di voler sovvertire gli ordinamenti vigenti. Tra i rappresentanti del Centro era ancora vivo il ricordo del *Kulturkampf*, mentre i deputati del partito polacco denunciavano con preoccupazione gli abusi della polizia contro l'attività politica e culturale del loro gruppo nazionale nelle province orientali del Regno di Prussia[36]. Il disegno di legge sulla socialdemocrazia veniva ripetutamente definito un *Ausnahmegesetz* (legge eccezionale) e si parlava inoltre di *Parteigesetz*, intendendo con ciò non un partito determinato ma una tendenza politico-ideale secondo il significato originario del termine *Partei*[37].

Il rifiuto di votare la legge da parte del partito del Centro non si iscriveva comunque in un sistema di valori legato alla salvaguardia dei diritti del cittadino e delle libertà politiche. Il deputato Peter Reichensperger dichiarava infatti che il partito cattolico considerava la legge del tutto inefficace a combattere il malanno socialdemocratico e proponeva, in alternativa, di considerare perseguibile penalmente «la stessa dottrina teorica che sostenga il diritto alla rivoluzione». Inoltre, si sarebbe dovuta tutelare con il codice penale «la fede nell'esistenza di Dio come assioma fondamentale di tutta la società umana»[38]. A tali proposte il deputato del Progresso Albert Hänel replicava vivacemente che i poteri dello Stato non erano chiamati a giudicare se una data dottrina fosse o meno immorale, antistatale (*staatsuntergrabend*) o giuridicamente riprovevole. Secondo Hänel le proposte del deputato Reichensperger ricalcavano le opinioni del «Sillabo» in materia di libertà di opinione e di stampa[39].

[36] *Stenographische Berichte*, cit., pp. 209-210, 360-362. Sull'atteggiamento del Centro cfr. anche W. PACK, *Das parlamentarische Ringen*, cit., pp. 81, 84-85.

[37] *Stenographische Berichte*, cit., pp. 61, 62, 361, 362. Sull'originario significato del termine «Partei», cfr. T. NIPPERDEY, *Die Organisation der deutschen Parteien*, cit., pp. 9-12.

[38] *Stenographische Berichte*, cit., pp. 34-35.

[39] *Ibidem*, p. 62.

Il partito del Progresso era il solo ad impegnarsi in una coerente difesa dei diritti politici dei cittadini del Reich. Hänel delineava infatti nei termini seguenti le restrizioni che la legge avrebbe apportato ai diritti fondamentali degli aderenti alla socialdemocrazia:

«È certo che i socialdemocratici vengono esclusi dalla libertà di stampa, dalla libertà di riunione e dalla libertà di associazione anche quando si attengano ai limiti imposti a queste libertà dal diritto comune, o anche qualora siano disposti ad accettare limiti legali ancora maggiori. Con questa legge una tendenza politica diviene impedimento al godimento di libertà che dovrebbero essere garantite a tutti. Per una parte dei cittadini – che non appartengono ad un determinato partito – rimane permesso e non punito ciò che per un'altra parte dei cittadini, che si attengono agli stessi limiti, risulta vietato e sottoposto a punizione in virtù della loro posizione partitica»[40].

L'intervento del deputato Hänel era stato il primo ad evidenziare l'ambiguità di fondo che percorreva tutto il disegno di legge ed appariva *in nuce* già nella formulazione «aspirazioni socialdemocratiche volte a minare il presente ordine dello Stato o della società». Il carattere bifronte del provvedimento divenne però del tutto esplicito quando si passò a trattare il paragrafo relativo al «piccolo stato d'assedio» e, più specificatamente, a dibattere il problema se anche le assemblee elettorali dei diversi partiti dovessero essere sottoposte a restrizioni.

In realtà la discussione riguardava le assemblee elettorali del solo partito socialdemocratico. Con notevole sottigliezza di argomentazione il barone Franz August Schenk von Stauffenberg perorava il pieno diritto per la socialdemocrazia di tenere assemblee elettorali:

«poiché se c'è qualcosa che rappresenta il contrario di quegli obiettivi che sono rivolti al sovvertimento dell'assetto statale esistente, questa è l'elezione di un deputato del *Reichstag* compiuta all'interno degli ordinamenti e delle strutture dello Stato. Con tale atto

[40] *Ibidem*, p. 61.

viene espressa la volontà di collaborare al perfezionamento delle stesse sulla base delle condizioni esistenti ed in modo regolare»[41].

Anche il deputato nazional-liberale Eduard Lasker teneva conto di questa interpretazione quando affermava che la legge in discussione non intendeva perseguitare il partito socialdemocratico in quanto tale: essa riconosceva ai socialdemocratici, come agli altri cittadini, la possibilità di esprimere le proprie opinioni e di godere «dell'aria e della luce sotto la protezione dello Stato», impedendo solo che praticassero una forma di agitazione che potesse mettere a repentaglio lo Stato o la pace sociale[42].

La proposta di impedire alla socialdemocrazia di svolgere propaganda elettorale si scontrò contro un'ampia opposizione, a cui si unirono gli stessi nazional-liberali. Solo la componente conservatrice si espresse a favore del divieto. Dal coro di interventi a favore delle assemblee elettorali socialdemocratiche e dagli argomenti addotti a sostegno delle stesse si evince che il principio delle «libere elezioni» si era notevolmente radicato nella cultura politica del tempo. Non sembrava accettabile discriminare *a priori* dei candidati proprio in occasione dell'elezione dell'organo in cui aveva sede la volontà popolare: i deputati erano percepiti come espressione di tale volontà e non tanto come esponenti dei diversi partiti. I dubbi sull'interpretazione delle norme relative al «piccolo stato d'assedio» non vennero sciolti in sede di discussione parlamentare. Tuttavia, nell'applicazione pratica della legge, l'attività elettorale non venne colpita da provvedimenti restrittivi[43]. Di conseguenza, l'ala parlamentaristica della socialdemocrazia si trovò di fatto alla guida del partito, mentre la partecipazione ai lavori del *Reichstag* assumeva una centralità del tutto nuova[44]. Quasi paradossalmente, per

[41] *Ibidem*, p. 211.

[42] *Ibidem*, p. 251.

[43] *Ibidem*, pp. 207 ss.

[44] W. PACK, *Das parlamentarische Ringen*, cit., pp. 239-241. T. NIPPERDEY, *Die Organisation der deutschen Parteien*, cit., pp. 306-315.

effetto dei *Sozialistengesetze*, si compiva così un processo accelerato di parlamentarizzazione del movimento operaio tedesco.

4. Al di là delle diverse valutazioni sulla legislazione antisocialista, i partiti manifestarono una sorprendente unanimità nell'indicare le cause del rafforzamento del movimento operaio. Il progressivo radicarsi del movimento socialista in Germania veniva fatto risalire a motivi di ordine morale ed economico. Non desta certo sorpresa che i deputati del Centro e del partito conservatore individuassero nell'indebolimento della fede cristiana la causa principale del diffondersi del movimento operaio internazionalista. Infatti, una volta venuta meno la fede nella giustizia divina – come affermava un deputato del Centro – «le masse mal consigliate non saranno più in grado di sopportare la miseria che le opprime. Se cade la certezza nella giustizia livellatrice di Dio, consci della forza e del numero delle loro braccia si ribelleranno e distruggeranno l'ordinamento sociale»[45]. Analoghi concetti esprimeva il conservatore Kleist-Retzow, il quale riteneva impossibile reprimere le attuali tendenze di pensiero una volta che al popolo fosse stato tolto l'Aldilà e concludeva coerentemente proponendo di ripristinare il Sacro Romano Impero della Nazione Germanica[46].

Se solamente i conservatori ed il partito cattolico individuavano nell'indebolimento della fede uno dei fattori che avevano indotto il popolo a lasciarsi sedurre dalle teorie socialiste, tutti i partiti erano d'accordo nel deplorare la profonda crisi morale che attraversava il *Reich*. Ripetuti interventi, anche di parte liberale, denunciavano la diffusione dell'alcoolismo, degli spettacoli leggeri e degli scritti immorali: «con il beneplacito della legge il tedesco viene indotto a vizi che finora erano estranei alla sua natura. I nostri buoni, vecchi, solidi, costumati cittadini tedeschi vengono strappati dalle

[45] *Stenographische Berichte*, cit., p. 34.

[46] *Ibidem*, p. 76.

loro case attirati dalla vita d'osteria che li porta all'adulterio» tuonava il solito Kleist-Retzow[47]. Evidentemente, il diffondersi del modo di vita urbano e l'elaborazione di una specifica cultura del quotidiano da parte del nascente proletariato industriale venivano qui interpretate esclusivamente come decadenza dei costumi, al di fuori di ogni connessione con i processi di trasformazione economica e sociale che a tali fenomeni erano collegati.

Una sostanziale incomprensione verso la realtà del capitalismo industriale – che peraltro stava attraversando allora una lunga fase di stagnazione – si evince ancora più chiaramente dai mezzi proposti per risolvere la questione sociale. La stessa componente liberale giudicava negativamente gli effetti delle riparazioni pagate dalla Francia, in quanto gli arricchimenti improvvisi e clamorosi che ne erano seguiti avevano provocato squilibri e disuguaglianze all'interno di una società relativamente compatta. Il *leader* del partito nazional-liberale, Rudolf von Bennigsen, annotava al riguardo:

> «Mai nella storia si era verificato che in un lasso di tempo di due o tre anni si realizzasse un trasferimento cosi colossale di capitale da un paese all'altro, come quello verificatosi all'inizio degli anni Settanta dalla Francia alla Germania sulla base del trattato di pace... Il sovvertimento che ne è seguito nelle opinioni dei singoli, nei criteri circa la valutazione delle cose, nello stesso atteggiamento che l'individuo assume rispetto alla propria esistenza, l'incredibilmente rapida rivoluzione dei prezzi: tutto ciò ha avuto effetti cosi perturbanti e negativi, da preparare un terreno particolarmente favorevole e fruttuoso per quella propaganda, che forse, in altre circostanze, in Germania non sarebbe stata possibile»[48].

Secondo il deputato Reichensperger, nel 1872 aveva avuto luogo uno sviluppo economico illusorio che aveva finito per affossare il benessere del popolo tedesco[49].

Tutte le componenti del *Reichstag* – con l'eccezione del

[47] *Ibidem*, p. 75.

[48] *Ibidem*, p. 167.

[49] *Ibidem*, p. 33.

partito socialdemocratico – erano poi d'accordo nel ritenere che l'uscita dalla crisi sarebbe potuta avvenire solo rafforzando il ceto medio e la produzione artigiana.

Certo, al di là di questo consenso minimo, sussistevano delle differenze tra conservatori e liberali. I primi si ripromettevano un risanamento dell'economia – e dei costumi – dalla reintroduzione dell'ordinamento corporativo, i secondi propendevano per la diffusione di cooperative di produzione come mezzo per risolvere la questione sociale. I deputati del Centro oscillavano tra queste due posizioni e si dichiaravano comunque favorevoli ad un assetto organico e regolamentato dell'economia[50].

Paradossalmente, i deputati socialdemocratici furono i soli ad assumere in pieno la prospettiva dell'irreversibilità dello sviluppo capitalistico, sia pure nella prospettiva di un passaggio all'economia pianificata nello «Stato del futuro»[51].

[50] Cfr. per es. le valutazioni di Kleist-Retzow (*Stenographische Berichte*, cit., p. 75), nonché l'intervento del deputato del Centro, barone von Schorlemer-Alt (*ibidem*, pp. 333 ss.). Per il partito del Progresso cfr. le posizioni del deputato Schulze-Delitzsch, sostenitore di un vasto programma cooperativistico (*ibidem*, pp. 176 ss., 365 ss.). Ma presero pure la parola a favore della piccola impresa il conservatore von Helldorf-Bedra (*ibidem*, p. 35), a favore delle cooperative il liberale di sinistra Löwe (*ibidem*, pp. 161 ss.), nonché il deputato del Centro Christoph Moufang a favore di cooperative di produzione finanziate dallo Stato (*ibidem*, p. 257). Sul ritardo con cui i liberali tedeschi integrarono la realtà della società industriale nelle loro elaborazioni teoriche e proposte politiche cfr. D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, cit., pp. 114-211. Tali ritardi di elaborazione ebbero per logica conseguenza anche una sostanziale incomprensione della socialdemocrazia come rappresentanza politica di una nuova classe sociale che rivendicava un proprio diritto di cittadinanza. Cfr. al riguardo le osservazioni di W. PACK, *Das parlamentarische Ringen*, cit., pp. 23-26.

[51] Cfr. l'intervento del deputato socialdemocratico Bracke (*Stenographische Berichte*, cit., pp. 77 ss.). Anche il famoso discorso parlamentare di Wilhelm Hasselmann, che ebbe un effetto traumatico sull'opinione pubblica tedesca per il tono radicale e violento, assumeva in pieno la prospettiva marxiana di crescente polarizzazione sociale tra borghesia e proletariato (*Stenographische Berichte*, cit., pp. 145 ss.). Nel 1881 Hasselmann, assieme a Johann Most, veniva espulso dalla *Sozialistische Arbeiterpartei* con l'accusa di anarchismo.

Le altre forze politiche continuavano invece a muoversi all'interno di un orizzonte mentale caratterizzato da improbabili modelli di democrazia economica o di rilancio delle corporazioni artigiane.

Di fatto, il dibattito parlamentare sulla legislazione antisocialista può essere letto anche come uno dei tanti «specchi» in cui si riflette quella divaricazione tra realtà economico-sociale ed immaginario politico che percorre come una costante la storia tormentata dello Stato unificato tedesco. Al tempo stesso esso ci rimanda un'immagine dei partiti del *Kaiserreich* che corrisponde ancora a quella dei *Weltanschauungsparteien*, cassa di risonanza di principi ed ideali politici astratti.

A partire dagli anni Ottanta, i processi di autoorganizzazione dei diversi gruppi di interesse coinvolgeranno anche i gruppi parlamentari, che modificheranno il loro ruolo in direzione della rappresentanza a livello politico di ceti e raggruppamenti sociali ad essi collegati[52]. Ciò che resterà immutato nel corso di tale processo sarà l'incapacità, da parte del sistema dei partiti tedeschi, a porsi come luogo della progettualità politica.

Negli anni precedenti lo scoppio della guerra mondiale, tale «assenza progettuale» andava collocandosi in un contesto caratterizzato sempre più dalle pressioni irrazionaliste delle associazioni nazionaliste di massa, dalle velleità plebiscitarie dell'imperatore, dalla presenza di un potente movimento operaio organizzatosi come società a parte[53]. L'attivazione

[52] Cfr. su tali processi T. NIPPERDEY, *Interessenverbände und Parteien in Deutschland vor dem Ersten Weltkrieg*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, hrsg. von H.-U. WEHLER, Berlin 1975, pp. 369-388; H.-J. PUHLE, *Parlament, Parteien und Interessenverbände 1890-1914*, in *Das Kaiserliche Deutschland. Politik und Gesellschaft 1870-1918*, hrsg. von M. STÜRMER, Düsseldorf 1970, pp. 340-377; H. KAELBLE, *Industrielle Interessenpolitik in der Wilhelminischen Gesellschaft*, Berlin 1967.

[53] Sul tema dell'«integrazione negativa» della classe lavoratrice tedesca all'interno delle istituzioni socialdemocratiche cfr. G. ROTH, *The Social Democrats in Germany. A Study in Working-Class Isolation and National Integration*, Totowa 1963; D. GROH, *Negative Integration und revolu-*

impetuosa di una società civile che tendeva ormai quasi a coincidere con la popolazione maschile adulta del *Reich* avvicinava drammaticamente al punto di rottura il rapporto tra tale società e le istituzioni elaborate a salvaguardia di uno *status quo* ormai irrimediabilmente superato. Il lascito politico di tale situazione sarà una cultura politica antiparlamentare diffusa, sospesa come una spada di Damocle sull'esperienza democratico-parlamentare successiva al crollo dell'Impero. Se tale dato contribuisce a illuminare la fragilità delle istituzioni repubblicane, esso risulta tuttavia del tutto inadeguato alla comprensione della realtà del Terzo *Reich*.

*tionärer Attentismus. Die deutsche Sozialdemokratie am Vorabend des Ersten Weltkrieges*, Frankfurt a. M.-Berlin-Wien 1973. Sul fenomeno della destra radicale come movimento politico di massa cfr. G. ELEY, *Reshaping the German Right. Radical Nationalism and Political Change after Bismarck*, Yale-New Haven-London 1980; R. CHICKERING, *We Men Who Feel Most German. A cultural study of the Pan-German League*, 1886-1914, Boston-London-Sydney 1984.

*Sezione terza*

# Riforma

# Patologia e terapia: dal primato dell'etica al primato della scienza. Figure della storiografia francese del XIX secolo

di *Francesco M. De Sanctis*

> «Parigi è ... una malattia, una malattia, se volete, alla maniera di una perla, preziosa e squisita ipertrofia...»
>
> (RENAN, *La monarchie constitutionelle en France*)

> «Nell'ordinamento sociale, Parigi è il corrispettivo di ciò che è il Vesuvio nella sfera geografica. Un massiccio minaccioso, pericoloso, un giugno rivoluzionario sempre attivo. Ma come le pendici del Vesuvio, grazie alle stratificazioni di lava che lo ricoprono, si trasformano in frutteti paradisiaci, così sulla lava delle rivoluzioni fioriscono, come in nessun altro luogo, l'arte, la vita mondana e la moda»
>
> (BENJAMIN, *Parigi, capitale del XIX secolo*)

## 1. *Disillusioni*

«La Rivoluzione francese è dunque destinata a non generare altro che dubbi e scontenti, a non accumulare altro che rovine sopra i suoi trionfi?». Con questa domanda, nel gennaio del 1849, François Guizot apre lo scritto *Della democrazia in Francia*, in cui si pone nuovamente il compito di diagnosticare il «male» che a distanza di sessant'anni ancora non permette alla Francia di «por fine alla Rivoluzione». Guizot, infatti, fa parte di quella generazione di liberali anglofili che, a partire dalla Restaurazione, assunse questa 'missione' a proprio compito etico-politico. Quel male «che sta al fondo di tutti gli altri, e che mina e distrugge i ... governi e le ... libertà», Guizot lo definisce «l'idolatria democratica»[1].

[1] F. GUIZOT, *Della democrazia in Francia*, Roma 1972, p. 126.

Con tale espressione egli non vuole soltanto stigmatizzare l'ipocrisia politica di tutti i partiti – dai monarchici ai socialisti, che si appropriano della parola democrazia e la usano «come un talismano»[2] – egli vuole soprattutto opporsi alla visione omogeneizzante e livellatrice della società civile e politica che quella parola connota. L'una e l'altra società per essere sane dovrebbero mantenersi e riconoscersi nella differenziazione e stratificazione volute dalla storia e dalla natura stessa della società e della civiltà: riformare la Francia significa, perciò, innanzitutto rispettare la sua struttura articolata nella pluralità di componenti che ne stabilisce la fisiologia, dotandola di una società politica capace di rappresentarla e governarla. Dove rappresentare ha un significato fortemente costitutivo, poiché la società politica ha la funzione di porre in essere, attraverso le decisioni che le spettano di diritto, una volontà politica che la società civile, come luogo degli interessi contrapposti e concorrenti, è incapace di esprimere.

«Un popolo – scrive Guizot – è un grande corpo organizzato formato dall'unione, in seno alla stessa patria, di certi elementi sociali che si formano e si organizzano da sé e naturalmente, in virtù di leggi primitive di Dio e di atti liberi dell'uomo»[3]. Se, da un lato, la società civile deve essere composta di classi diverse, legate ai diversi tipi di proprietà e di lavoro che stabiliscono le necessarie differenze sociali tra gli uomini ormai eguali per il diritto civile; dall'altro lato, la società politica, attraverso i «grandi partiti», deve rappresentare, costituendola a livello politico appunto, questa stessa diversità. Come ai tempi della Restaurazione, allorché combatteva la Controrivoluzione, Guizot, riaffermando il primato della politica nella cura dei mali francesi, ribadisce come terapia del male democratico la ricetta del governo misto; ossia di un governo fondato non tanto sulla divisione dei poteri in relazione alle diverse funzioni dello Stato, bensì proprio sulla divisione del potere tra le diverse componenti

[2] *Ibidem*, p. 128.

[3] *Ibidem*, p. 173.

sociali, ognuna detentrice, tramite la rappresentanza, di una parte della sovranità. La guerra di classe, scatenata dall'idolatria democratica, può terminare, secondo Guizot, soltanto quando i diversi elementi costitutivi della società francese, determinati dallo sviluppo storico della *civilisation*, siano indotti, con l'ausilio di una costituzione ad essi opportuna, ad accettarsi nella sincronia di un'organica funzione sociale. Questi elementi, per Guizot, è noto, sono le classi alte, medie e basse collegate alla divisione sociale della proprietà e del lavoro e rappresentate, politicamente, dai grandi partiti dell'innovazione e del movimento da un lato e della conservazione e della stabilità dall'altro. Il problema della riforma è, pertanto, un problema di progettazione socio-costituzionale suffragata da competenza storica, in base alla quale stabilire l'impraticabilità di una costituzione modellata su una concezione unitaria del potere e del popolo, che devono appunto essere concepiti come organismi e organizzazioni di elementi diversi e concorrenti ad uno stesso fine, vale a dire «un ordinamento del governo in cui essi possano trovare tutti quanti il loro posto e la loro parte, che dia a tutti loro soddisfazione, ponendo loro allo stesso tempo dei limiti»[4]. Questa finalità, che può apparire squisitamente formale, sembrava a Guizot la più adatta a custodire e sviluppare il contenuto progressivo della rivoluzione la cui funzione storico-sociale egli riconosceva legittima sul seguente presupposto: che la nuova struttura socio-politica fosse in grado di produrre sulla base dell'uguaglianza giuridica una nuova aristocrazia 'naturale' (perché fondata sulla capacità individuale di acquisire 'cultura' e 'danaro' come presupposti del potere socio-politico) contro l'aristocrazia 'artificiale' e fittizia del privilegio ereditario caratterizzante l'*ancien régime*.

Rispetto alle posizioni neoaristocratiche del liberalismo che tentano di legittimare la democrazia solo nella misura in cui si limiti ad allargare la base di selezione dei migliori, ai quali, per natura, spetterebbe il potere, Tocqueville, invece, sin dagli anni Trenta, ha visto la democrazia come una nuo-

[4] *Ibidem*, p. 172.

va forma di vita che rende impossibili forme individuali di aristocrazia. La divisione in classi socio-economiche, pertanto, non gli sembrava affatto abrogare quella omogeneità antropologica determinata dalla democrazia e destinata necessariamente ad orientare le scelte politiche in funzione della maggioranza e non in quella di una minoranza di privilegiati, quella «razza a parte», quella «diversa umanità» che, secondo Tocqueville, costituisce la vera aristocrazia, ormai irrevocabilmente tramontata. Ai mali che il principio democratico produce Tocqueville si limitava a proporre la seguente terapia: «Un corpo legislativo composto in modo tale da rappresentare la maggioranza, senza essere necessariamente schiavo delle sue passioni, un potere esecutivo che abbia una forza sua propria, e un potere giudiziario indipendente dagli altri due poteri»[5]. Tralasciando qui la valutazione sulla più o meno grande originalità di questa proposta all'interno del liberalismo coevo, certo è che essa, più che orientata a scongiurare la volgarizzatissima tirannia della maggioranza, voleva opporsi radicalmente alla concezione guizotiana del governo misto. Questo gli appare la «chimera» dietro cui si nascondono le difficoltà della transizione francese alla democrazia o, peggio, una crisi radicale dell'assetto sociale e politico: «Quando una società giunge ad avere realmente un governo misto, cioè egualmente diviso tra principi contrarii, essa entra in una fase rivoluzionaria o si dissolve»[6].

Ma la patologia tipicamente francese, e ciò ancora dopo il Quarantotto, è da rintracciarsi, per Tocqueville, non nella democrazia che è parte costitutiva del processo della modernità, bensì nelle latenze dispotiche della storia e del carattere nazionale propri alla Francia, entrambi retaggio dell'azione livellatrice, centralizzatrice e interventista dell'antico regime che ha omogeneizzato gli uomini e separato le classi, estraniandole da ogni educazione pubblica, espropriandole

[5] C.-A.-H.-DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835), in *Scritti politici*, II, Torino 1969, p. 300.

[6] *Ibidem*, p. 298.

di ogni responsabilità politica. La malattia del tessuto sociale francese, sviluppatosi dall'89 al '48 nell'alternanza di stagnazione e rivoluzione, di prona sottomissione e di tracotante anarchia, è da rintracciare nella Rivoluzione non tanto perché essa ha dato inizio all'epoca della democrazia, quanto invece perché, attraverso la rimozione del passato, la Rivoluzione ha trasmesso nel nuovo assetto socio-politico senza difese i germi patogeni del dispotismo assolutistico. Le stesse dottrine socialiste e comuniste gli sembrano, nel loro modo di affrontare la questione sociale (che sin dagli anni Quaranta gli appare il germe delle rivoluzioni future[7]), la caricatura perversa dell'antico regime, più che le continuatrici della Rivoluzione come vorrebbero legittimarsi nella propria autocomprensione. Nei famosi discorsi tenuti alla Camera e all'Assemblea costituente, prima e dopo la Rivoluzione di febbraio, da lui prevista come «rivoluzione sociale», Tocqueville chiede, come linea da perseguire nella riforma della Francia, la realizzazione compiuta e definitiva della Rivoluzione, e cioè l'applicazione effettiva dei «sacri» principi dell'Ottantanove. L'anamnesi che Tocqueville ricostruisce nell'*Ancien régime* propone, quindi, come diagnosi dei mali ancora presenti nella società francese (e ad essa peculiari, al di là della nuova costituzione antropologica determinata dalla democrazia), la continuità istituzionalizzatasi tra assolutismo e democrazia: continuità a cui la Rivoluzione ha fatto da schermo rimuovendo il passato.

La contezza che un male affligge ancora la Francia, nonostante la forza purificatrice della Rivoluzione, caratterizza anche la appassionata *Storia* di Michelet. Per lui la Rivoluzione rappresenta «l'avvento della Legge, la resurrezione del Diritto, la reazione della Giustizia», e perciò in essa approda e si dissolve l'epoca del Cristianesimo. La nuova era che la Francia dischiude all'umanità è, infatti, la negazione dei Vangeli sul fondamento della stessa parola d'ordi-

[7] C.-A.-H.-DE TOCQUEVILLE, *Lettres sur la situation intérieure de la France* (1843), in *Oeuvres complètes*, III: *Ecrits et discours politiques*, II (texte introduit, établi et annoté par A. JARDIN), Paris 1985, pp. 95-135 (spec. pp. 105-106).

ne: la fratellanza. Il terzo principio della Rivoluzione quindi è il punto archimedico della rigenerazione della modernità; l'incapacità di realizzarlo è il male che la Francia sconta. La fratellanza laica e progressiva, infatti, appare a Michelet ciò che permette di superare la Scilla della critica tradizionalista e la Cariddi di quella socialista. La fraternità, secondo Michelet, ha conosciuto tre versioni, caratterizzanti le epoche della storia occidentale: l'antica, la cristiana e la moderna, dischiusa, appunto, dalla Rivoluzione. Se la fratellanza antica è esclusiva di ogni posizione umana e sociale diversa da quella individuante i componenti la comunità dei liberi cittadini, quella cristiana, pur universalizzando il principio, affratella solo negativamente, nella colpa ereditaria del peccato originale, procrastinandone il possibile compimento positivo, collegato al principio arbitrario della grazia, in un'altra vita. La fratellanza moderna, invece, corona la concezione illuministica dei diritti dell'uomo, che rappresentano così la premessa della nuova «religione antireligiosa» che deve ispirare la riforma della Francia e del mondo moderno. Solo a partire dalla fratellanza rivoluzionaria è possibile comprendere il significato nuovo di libertà e uguaglianza, che, assolutizzate isolatamente l'una dall'altra, portano alle due aberrazioni dell'individualismo e del socialismo. E, più specificamente ancora, solo nel recupero della fratellanza, quale spontaneamente e fugacemente è apparsa durante la Rivoluzione[8], è possibile, per Michelet, attenuare la tensione, tipicamente moderna, tra individuale e sociale che travaglia la nazione francese.

Diversamente da Michelet, Edgar Quinet, suo amico e collega al Collège de France, pensa la Rivoluzione nella continuità della tradizione cristiana, depurata, però, dalla sua storia istituzionale, ossia dal suo potere mondano fondato sull'arbitrio e sulla illibertà. E ancora a metà degli anni '60, nel prologo alla sua *Rivoluzione*, accoratamente si chiede, a proposito dei francesi, «Perché uomini che hanno saputo tanto

[8] J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, édition établie et annotée par G. WALTER, 2 voll., Paris 1952, I, l. III, cap. XI, pp. 402 ss.

nobilmente morire non hanno potuto né saputo essere liberi?»[9]. Questo problema, continua Quinet, «Io lo ritrovo oggi negli stessi termini nei quali si è presentato oltre mezzo secolo addietro, a Mounier e a M.me de Stael»[10]. E anche per lui scrivere la storia della Rivoluzione significa cercare «un rimedio a[i] ... mali» della Francia, avvicinarsi, egli scrive, «con pietà di figlio a così grandi piaghe»[11]. Per Quinet il male che corrode la vita nazionale francese è la «fragilità» della nuova libertà sancita dalla Rivoluzione. Fragilità dovuta essenzialmente alla incapacità di creare un sistema di credenze mediante il quale elaborare i principi della libertà moderna fondandoli sul solido terreno della religiosità. La Rivoluzione, succube della ragione illuministica, ha creduto possibile eliminare la trascendenza dalla storia; essa ha concepito l'emancipazione dell'umanità senza offrirle un punto d'appoggio religioso e questo sradicamento dell'umano da ogni trascendenza determina la complessa patologia della storia francese[12]. Non è casuale, quindi, che gli Stati Uniti dell'America del Nord, in quanto punta avanzata della rivoluzione politica e religiosa dell'Inghilterra del XVII secolo, rappresentino per Quinet un cospicuo parametro terapeutico[13].

Queste diverse diagnosi elaborate a partire da un serrata critica al presente che la cultura storica francese produce tra la prima e la seconda metà dell'Ottocento, e che ho scelto per la loro polarità intrinseca, rispettivamente, alla dimensione liberale (Guizot-Tocqueville) e repubblicana (Michelet-Quinet), entrambe aliene da ogni tentazione utopistica, da ogni simpatia cattolica o socialista, queste diverse diagnosi, dicevo, hanno tutte in comune il primato dell'etica. L'uomo, come individuo o collettività, per la dignità peculiare alla sua posizione nella storia, è, più della *grandeur* della nazione che pure li preoccupa, il centro delle diagnosi

[9] E. QUINET, *La Rivoluzione*, Torino 1953, p. 85.

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*, p. 6.

[12] *Ibidem*, spec. l. V, pp. 85 ss., l. XVI, pp. 383 ss., l. XXIV, pp. 667-670.

[13] *Ibidem*, spec. pp. 676 ss.

e delle prognosi delineate; ed è soprattutto in funzione di questa dignità, riassunta nei diritti fondamentali, che la Rivoluzione e il presente da essa generato vengono giudicati più o meno legittimi nelle loro pretese di emancipazione o di potere.

Alcuni di questi luoghi, comuni a tale critica, li troviamo anche in altri due 'storici', Renan e Taine, i quali, pur se differenti per finezza e interessi di fondo, sono accomunati da una profonda fede nel potere soterico della scienza, su cui giocano tutto quanto hanno disinvestito dagli altri valori. Taine e Renan, pertanto, possono ben rappresentare, dopo il trauma della Comune di Parigi e la disfatta militare della Francia, due casi esemplari di liberali delusi che nuovamente si rivolgono con occhio clinico alle 'malattie' della Francia, riproponendo la Rivoluzione come il fulcro della loro diagnosi e della possibile terapia.

## 2. *Utopia feudale*[14]

Nella *Préface* del 1868 alle *Questions contemporaines*, Renan definisce la Rivoluzione francese come occasione ed «esperienza mancata», che «ha lasciato un gigante, lo Stato e migliaia di nani; che ha creato un centro potente, Parigi, in mezzo a un deserto intellettuale, la Provincia»[15]. Questa affermazione potrebbe far pensare ad una prossimità di Renan più al liberalismo di tipo tocquevilliano che non a quello statalista di Guizot, che considerava l'accentramento sia politico che amministrativo uno dei pregi della storia francese. Ciò avallerebbe la tesi soreliana, peraltro molto discus-

[14] Il titolo di questo paragrafo non è solo una semplificazione brutale del contenuto della *Réforme* di Renan, vuole alludere piuttosto all'ironia di Walter Benjamin: «Uno spirito conservatore congiunto a mancanza di senso storico è piccolo borghese quanto uno spirito conservatore congiunto a senso storico è feudale» (W. BENJAMIN, *Opere*, a cura di G. AGAMBEN, XI: *Parigi capitale del XIX secolo*, a cura di R. TIEDEMANN, Torino 1986, p. 919): il che Renan avrebbe apprezzato e condiviso.

[15] J.E. RENAN, *Questions contemporaines*, Paris 1868, pp. II-III.

sa, secondo cui furono la Comune e Sedan a modificare radicalmente la sua posizione etico-politica, al punto che in quel bilancio letterariamente pregevole della sua vita, i *Souvenirs d'enfance et de jeunesse*, allude ad una sua crisi ideologica da cui sarebbe nato l'unico disaccordo con l'amico Barthelot: mentre quest'ultimo, infatti, è rimasto fedele al paterno repubblicanesimo liberale, Renan confessa che, personalmente, si sarebbe rassegnato volentieri, presentandosi l'occasione propizia, «a servire, per il maggior bene possibile della povera umanità, dal momento che è così incapace, un tiranno filantropo, istruito, intelligente e liberale»[16]. Questa 'rassegnazione' è, a mio avviso, importante per leggere nella giusta chiave gli scritti renaniani dopo il 1871 al di là delle sue professioni di fede liberale.

Ne *La réforme intellectuelle et morale de la France* (1871) l'approccio alla storia contemporanea francese in termini di patologia e terapia è esibito non soltanto nell'intitolazione delle due parti in cui il libro si divide, «Il male» e «I rimedi», ma anche nell'affermazione con cui dà inizio all'anamnesi etiologica della malattia francese:

«Tentiamo, con l'ausilio di un'analisi il più possibile esatta, di rendere conto del male della Francia, per tentare di scoprire il rimedio che conviene applicare... Le forze del malato sono molto grandi; le sue risorse sono come infinite; la sua buona volontà è reale. Sta al medico di non sbagliarsi; poiché un regime di cura grettamente concepito, un rimedio applicato a sproposito, rivolterebbero il malato, lo ucciderebbero o aggraverebbero il male»[17].

Il parametro da cui va innanzitutto dedotta la gravità del male è il grado di sordità alla 'vocazione' nazionale. Le nazioni infatti si distinguono proprio in base alle diverse vocazioni nel concerto della storia. Nell'appartenenza ad esse Renan concede, rispetto alla razza che si subisce fatalmente, una quota maggiore di intenzionalità. Tant'è che nel famoso

[16] J.E. Renan, *Souvenirs d'enfance et de jeunesse*, Paris 1922, p. 335.

[17] J.E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale de la France*, par J.-F. Revel, Paris 1967, p. 16.

scritto *Che cos'è una nazione* (1882) egli la definisce «un plebiscito quotidiano» la cui esistenza sarebbe continuamente verificata «dal consenso, desiderio chiaramente espresso di continuare la vita in comune». In quanto «principio spirituale», la nazione è il distillato della propria storia in cui il passato non è supinamente accettato («Con questa filosofia della storia – che cioè santifica acriticamente il passato – non vi sarebbe nel mondo altro di legittimo che il diritto degli oranghi, ingiustamente spossessati dalla perfida civiltà»)[18] bensì selezionato e scelto quasi in ascolto della vocazione che si manifesta nelle grandi gesta che si tramandano e si rinnovano.

«L'uomo, signori, non si improvvisa. La nazione, come l'individuo, è il compimento di un lungo passato di sforzi, di sacrifici, di dedizioni. Il culto degli antenati è tra tutti il più legittimo; gli antenati hanno fatto di noi ciò che siamo. Un passato eroico, dei grandi uomini, la gloria (e intendo quella vera), ecco il sociale sul quale si fonda un'idea nazionale».

La Francia, per Renan, è chiamata dalla sua storia all'eccellenza intellettuale e alla gloria militare. Rispetto a tale vocazione che ne definisce la fisiologia, il male è la democrazia che inibisce la seconda e, insieme con il cattolicesimo gretto, intralcia la scienza[19]. La democrazia è patologica perché rappresenta il trionfo del livellamento nella mediocrità, il rifiuto preconcetto di ogni tipo di aristocrazia, l'idolatria del benessere materiale e dell'agiatezza e pertanto il disprezzo del sacrificio, lo svuotamento di ogni autorità e quindi l'insofferenza per l'obbedienza. Essa non può che produrre socialismo nelle città e mollezza nelle campagne; il massimo che ci si può aspettare da una società democratica, purché sufficientemente ricca, è l'individualismo americano. Perciò la democrazia mette in luce la questione sociale e svaluta la questione nazionale. E mentre quest'ultima, secondo Renan, ha una sua ragion d'essere che si lega strettamente al destino

[18] J.E. RENAN, *Nouvelle lettre a M. Strass*, citato in T. TODOROV, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Paris 1989, p. 251.

[19] J.E. RENAN, *La réforme*, cit., p. 105.

della Francia, la questione sociale gli appare, invece, come epifenomeno della malattia democratica che privilegia una visione materialistica e economicistica della realtà sociopolitica, legittimata sia dalla «piattezza borghese» sia dalla «chimera socialista». Diversamente da Guizot, di cui per altro, proprio nella *Réforme*, condivide una serie di valutazioni sulla storia della *civilisation* francese, Renan non manifesta alcuna simpatia per la borghesia. Ma il suo disprezzo non ha nulla dello sguardo disincantato con cui Tocqueville osserva l'uomo moderno, il melanconico Narciso che rischia anonimamente la sua vita ossessionato solo dalla frettolosa brama di successo economico, il disprezzo di Renan è tipico del piccolo borghese che si sente aristocratico per i suoi meriti intellettuali, ai quali vorrebbe si riconoscesse potere oltre che prestigio. Anche se l'aristocrazia a cui pensa Renan, a volte, torna ad essere proprio l'antica nobiltà feudale che si tramanda per nascita il potere di comandare nella società e nell'esercito. Anzi, capovolgendo la visione ormai fattasi tradizionale da Locke a Montesquieu, da Thomas Paine a Benjamin Constant, Renan considera feudalità e guerra creatrici e garanti della proprietà e della ricchezza. «Gli economisti – egli scrive – si sbagliano considerando il lavoro come l'origine della proprietà. L'origine della proprietà è la conquista e la garanzia data dal conquistatore ai frutti del lavoro attorno a lui»[20]; e altrove leggiamo: «Il diritto del coraggioso ha fondato la proprietà; l'uomo di spada è il solo creatore di ogni ricchezza», e rivolto alla borghesia francese alla cui «simple platitude»[21] ascrive buona parte della colpa per la *débâcle*, scrive:

«Una classe possidente che vive in un ozio relativo, che rende pochi servizi pubblici, e che si mostra nondimeno arrogante, come se avesse un diritto di nascita a possedere e come se gli altri avessero per nascita il dovere di difenderla, una tale classe, io dico, non possiederà a lungo. La nostra società diviene troppo esclusivamente una associazione di deboli»[22].

[20] *Ibidem*, p. 144.

[21] *Ibidem*, p. 64.

[22] *Ibidem*, pp. 65-66.

Francia e Inghilterra, secondo Renan, devono la loro decadenza a questa ipertrofizzazione dell'economico, frutto della rimozione del significato anche economico delle virtù guerriere, della rimozione cioè del vero fondamento storico della ricchezza nazionale. A questa rimozione ha contribuito il contrattualismo, che considera oggetto di scambio ciò che per sua natura (= lo Stato, la nazione) è indisponibile all'arbitrio dei singoli. Oltre che fondato nelle sue convinzioni ideali, il giudizio di Renan sull'economia politica, sul contrattualismo, sul socialismo, sulle classi sociali che si contendono il primato nella democrazia, sull'edonismo borghese, la grettezza contadina, il cosmopolitismo operaio è anche funzionale alla scelta del nuovo modello per la Francia, che non è più né l'America né l'Inghilterra, bensì proprio lo Stato prussiano perché campione di germanesimo. Tutti i vizi patogeni fin qui ricordati, e particolarmente le loro legittimazioni ideologiche, socialismo, contrattualismo, economicismo, appaiono a Renan una sorta di rivincita, all'interno delle grandi nazioni europee di origine germanica, come la Francia e l'Inghilterra, delle razze assoggettate dai germani conquistatori: rispettivamente i gallo-romani del Midi francese e i celti della Gran Bretagna. La razza germanica ha invece imposto il vero diritto, che è quello che si fonda sulle virtù militari e sul coraggio, perciò è anticontrattualista, disprezza il benessere materiale (una delle ragioni della potenza prussiana, per Renan, è la povertà e la durezza di vita del popolo), è umoralmente antisocialista, ma in senso inverso agli americani, perché è monarchica e nobiliare (feudale) e non perché è democratica e repubblicana. Per Renan infatti due sono i tipi fondamentali di società rintracciabili nel XIX secolo: il tipo americano, fondato su libertà e proprietà, in cui ciascun individuo è abbandonato a se stesso, quasi senza Stato. Una società sfornita di originalità intellettuale perché nativamente sfornita di aristocrazia e di nobiltà e perciò incapace di grandi contributi nelle arti e nelle scienze, ma ciononostante in grado di diventare potente[23]. Il secondo tipo, di cui la Prussia è il miglior modello, è definito «l'anti-

[23] *Ibidem*, pp. 167-168.

co regime sviluppato e corretto». Qui, scrive Renan, «L'individuo è preso, allevato, foggiato, addestrato, disciplinato, sollecitato senza posa da una società derivante dal passato, modellato nello stampo di vecchie istituzioni arrogantisi una signoria di moralità e di ragione»[24]. Lo Stato, in tal modo, diventa il punto di riferimento non solo politico ma anche morale dell'individuo che molto dà senza preoccuparsi troppo di quanto riceve. Solo queste società, per Renan, producono arte, scienza e alta cultura, solo loro fanno la storia. Il terzo tipo di società previsto dal socialismo non solo appare a Renan irrealizzabile ma addirittura, come scriverà nei *Dialogues philosophiques*, «antiprovvidenziale»[25].

Dunque è al secondo tipo di società che la Francia deve guardare per la sua riforma, che Renan vuole perseguita secondo le modalità della «penitenza», intesa non come «mortificazione» ma come correzione dei propri difetti indotti da democrazia e cattolicesimo[26].

Fatta la diagnosi con l'ausilio di un'anamnesi da cui si evince essenzialmente l'impossibilità per la Francia di disfarsi della monarchia, la terapia di Renan, sgombrato il campo dalla questione sociale considerata essenzialmente come imputabile a un difetto di *leadership*, si concentra sull'assetto politico e su quello educativo e formativo. L'unica vera cura proposta per la questione sociale è un'agguerrita politica coloniale, assolutamente legittima poiché, scrive Renan, «La rigenerazione delle razze inferiori o imbastardite da parte delle razze superiori è nell'ordine provvidenziale dell'umanità»[27]. A suo avviso infatti l'uomo del popolo nelle società europee è quasi sempre un nobile declassato più adatto alla guerra che al lavoro, per il quale invece esistono razze predestinate. «La natura – egli scrive – ha fatto una razza di

[24] *Ibidem*, p. 168.

[25] J.E. RENAN, *Dialogues et fragments philosophiques*, Paris (s.a. nella edizione a mia disposizione perché rilegata senza la copertina originale su cui, soltanto, l'editore usava apporre la data di pubblicazione), p. 133.

[26] J.E. RENAN, *La réforme*, cit., pp. 104-105.

[27] *Ibidem*, p. 142.

operai ... i cinesi ... una razza di lavoratori della terra ... i negri» e poi «una razza di padroni e di soldati», gli europei. I rivoltosi europei non sono altro che soldati cui è mancata la possibilità di obbedire al proprio istinto razziale. «Ciò che rivolta i nostri lavoratori – leggiamo nella *Réforme* – renderebbe felice un cinese, un fellah, esseri che non sono in nulla militari»[28].

Per quanto concerne specificamente la riforma costituzionale, Renan propone un sistema bicamerale, in cui la prima camera dovrebbe essere espressione dei cittadini *uti singuli* (ed io la considero la maggior concessione di Renan al mondo moderno e allo stesso suffragio universale purché indiretto); la seconda camera invece dovrebbe rappresentare «tutto ciò che è un'individualità nello Stato» configurandosi come un «corpo conservatore di tutti i diritti e di tutte le libertà»[29]. Al di là di questa proposta non troviamo altro nella *Réforme*; anche per il capo dello Stato Renan lascia intendere che lo preferirebbe non elettivo e appartenente alla dinastia dei re francesi. Sul piano educativo invece troviamo il primo appello veramente sentito dello storico bretone alla libertà, limitata però alle Università, che egli vorrebbe restituite all'antica autonomia medievale e dotate anche di rappresentanza nella camera alta. A questa libertà, per altro, egli è pronto a sacrificare tutte le scuole superiori, come la Normale e la Politecnica e le Università libere che considera inutili concorrenti, ma soprattutto l'istruzione primaria che lascerebbe al clero cattolico, mentre della secondaria potenzierebbe l'aspetto scientifico a scapito di quello letterario. I titoli conferiti dall'Università, concepita come la roccaforte dell'unica libertà apprezzabile, la libertà scientifica, Università in cui si insegna e si apprende il rispetto per i valori dell'alta cultura, sarebbero così dei veri e propri titoli nobiliari spettanti ai pochissimi privilegiati capaci di scienza. E qui suona ancora l'ammirazione per le Università tedesche definite «foyers di spirito aristocratico, reazionario

[28] *Ibidem*, pp. 143-144.

[29] *Ibidem*, p. 138.

... e quasi feudale»[30]. In Università di questo tipo, «Lungi dall'essere portata ad abbandonare la cosa pubblica ai capricci della folla, una generazione ... allevata (a quei principii) sarà gelosa di mantenere i privilegi della ragione». L'unica fede che resta a Renan è *pertanto la fede nella scienza, in cui* egli ha trasferito tutto il misticismo che ha disinvestito dalla religione. Non soltanto la scienza assicura la vita eterna a chi la pratica e la serve, ma assicura la stessa resurrezione nel mondo, in cui, attraverso la sua opera, Dio stesso ritornerà ad abitare l'universo che la scienza gli avrà preparato interpretando il suo volere. «La resurrezione finale – leggiamo in uno scritto del 1863 – si farà attraverso la scienza ... La riforma scientifica dell'Universo è l'opera appena cominciata, affidata alla ragione»[31]. Se poi prendiamo i *Dialogues philosophiques*, scritti a caldo dopo i fatti del '71, così ci appare il risultato finale di questa riforma:

«L'universo sarà ... concentrato in un solo essere organizzato, nell'infinito del quale si riassumeranno decilioni e decilioni di vite, passate e presenti insieme. Tutta la natura vivente produrrà una vita centrale, grande inno sorgente da milioni di voci, come l'animale risulta da miliardi di cellule, l'albero da milioni di gemme. Una coscienza unica sarà comune a tutti, e tutti vi parteciperanno; l'universo sarà un infinito polipaio in cui tutti gli esseri esistiti saranno saldati insieme vivendo contemporaneamente di vita propria e della vita dell'insieme»[32].

Il segreto della costruzione da parte della scienza di questo mondo felice sarà il sacrificio e l'immolazione dell'inferiore al superiore (posizioni stabilite 'scientificamente' e quindi irrevocabilmente), siano essi specie, razze o individui: dall'animale sacrificale o da vivisezione al suddito di Chefrem, che morendo nel costruire le piramidi, per Renan, «ha vissuto più di colui che ha lasciato scorrere giorni inutili sotto i suoi palmizi»[33], ai negri, «fatti, scrive Renan, per servire alle

[30] *Ibidem*, p. 155.

[31] J.E. Renan, *Dialogues et fragments*, cit., p. 190.

[32] *Ibidem*, p. 126.

[33] *Ibidem*, pp. 131-132.

grandi cose volute e concepite dai bianchi»[34]. Così la scienza costruirà la casa di Dio, riprendendo l'opera là dove la natura si è fermata[35] e portandola a compimento con l'ausilio di un regime in cui «la forza della ragione» potrà finalmente imporsi sui popoli e sugli individui ribelli alla verità – sui primi con il «terrore assoluto» di un'arma finale[36], sui secondi con «la morte immediata»[37]. In tale mondo, sognato da Renan, si compirà il perfezionamento del mito della vendetta degli dei: quella era ancora imperfetta, qui invece «le sanzioni della legge scientifica saranno infallibili»[38] e spietate come la natura.

### 3. *Morbus ipse norma*

Anche per Taine il problema attorno a cui si sviluppa l'idea e la realizzazione de *Les origines de la France contemporaine* è essenzialmente un problema di clinica storica. Ma nel passaggio dalla *koiné* spirituale di Guizot, Tocqueville, Michelet, Quinet a quella di Renan e Taine si ha netta l'impressione che l'organicismo che sorregge il lessico diagnostico-terapeutico passi dalla metafora alla similitudine: l'omologia tra natura e società si fonda, ora, sulla presunta percezione di un complesso omogeneo di forze fisiche, chimiche e psichiche che agiscono e interagiscono determinando le cose e gli esseri, trascinati nel movimento necessario della realtà effettuale che, naturale o storica che sia, va osservata, descritta e spiegata con lo stesso metodo. Pertanto, allorché Taine, in una lettera a E. Havet del 1878, definisce il lavoro che sta compiendo alla stregua di «un consulto di medici al capezzale della Francia», va preso molto sul serio.

Ma c'è un altro aspetto dell'opera di Taine, zoologo e bota-

[34] *Ibidem*, p. XVII.

[35] *Ibidem*, p. 116.

[36] *Ibidem*, p. 113.

[37] *Ibidem*, p. 114.

[38] *Ibidem*.

nico della storia, come ama definirsi; un aspetto che si sovrappone e in parte contraddice l'atteggiamento clinico che sa distinguere salute da malattia, che dalla diagnosi sa passare alla terapia, che crede nella possibilità della guarigione e opera per conseguirla. Un atteggiamento che troviamo immediatamente nelle *Origines* sotto forma di confessione autobiografica: «non riuscivo a capire – egli scrive a proposito del diritto di voto attribuitogli nel 1849, al compimento della maggiore età – come in politica ci si potesse decidere sulla base delle proprie preferenze»[39], e più avanti specifica meglio:

«Le nostre preferenze sarebbero vane, la natura e la storia hanno già scelto per noi; sta a noi adattarci a esse perché è sicuro che esse non si adatteranno a noi. La forma sociale e politica nella quale un popolo può entrare e *restare* non è affidata al suo arbitrio, ma determinata dal suo carattere e dal suo passato»[40].

Da questo ulteriore punto di vista, la Francia che passa con la Rivoluzione dal regime antico a quello moderno più che portatrice di una semplice malattia o alterazione organica, contro cui sarebbe ancora possibile giocare la *chance* terapeutica, è soggetta a una vera e propria «metamorfosi», nel corso della quale la Rivoluzione rappresenta il punto di transizione e di non ritorno e la riforma socio-politica, invece, come occasione mancata nell'89 e perciò mancata ben «tredici volte in ottanta anni»[41]. Antico regime, Rivoluzione, nuovo regime – allora – sono i tre stadi che la Francia attraversa per liberarsi della forma feudale e acquisire quella moderna; la metamorfosi imposta dalla modernità al mondo occidentale, aggredendo le strutture più intime degli organismi sociali, esige un atteggiamento da entomologo. «Io mi

[39] H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, 11 voll., Paris 1920, I: *Préface*, pp. I-II (Per la prima parte dell'opera, *L'ancien régime*, vol. I e II, mi sono servito della bella ed. it., *L'antico regime*, Milano 1986, della quale la corrispondente numerazione delle pagine è data tra parentesi) (45).

[40] *Ibidem*, p. IV (47).

[41] *Ibidem*, p. III (46).

sono posto davanti al mio soggetto – scrive Taine con falsa modestia – come davanti alla metamorfosi di un insetto»[42]. Altrove più specificamente leggiamo:

«Alla fine del secolo scorso, simile a un insetto che si trasforma, [la Francia] subisce una metamorfosi. La sua antica organizzazione si dissolve; essa ne lacera con le proprie mani i tessuti più preziosi e cade in convulsioni che sembrano mortali. Poi, dopo molti contrasti e un penoso letargo, si rialza. Ma la sua organizzazione non è più la stessa: per un sordo travaglio interiore un nuovo essere si è sostituito all'antico»[43].

Quello che Taine definisce «lo sboccio» della modernità, gli appare un fenomeno «universale e quasi simultaneo»; ma la peculiarità della Francia, in cui gli sembra di poter cogliere il gene patogeno che inquina la nuova forma dell'insetto, impedendole la stabilizzazione, è l'astratta progettualità in base alla quale essa sin dall'inizio pensa la sua nuova costituzione. La costituzione per Taine è come la casa, anzi è la casa della nazione; ed essa, egli scrive, «non dovrebbe essere fatta per l'architetto, e nemmeno per se stessa, ma per il proprietario che va ad abitarci»[44]. Il popolo, non essendo in grado di partecipare a questa progettazione astratta, può al massimo dire «quale forma di governo gli piaccia, ma non quale sia quella di cui ha bisogno»[45]. L'ampliamento restaurativo, capace di inglobare il nuovo metabolizzandolo alla forma originaria, ossia la riforma e non la brusca metamorfosi, quasi una mutazione, è la via storicamente fisiologica all'ingresso nello «Stato moderno» della vita dei popoli[46]. Se all'estero parecchie abitazioni politiche sono solide e possono reggersi indefinitamente è perché esse sono state erette in una maniera particolare, intorno a un nucleo primitivo e compatto, appoggiandosi su qualche vecchio edificio cen-

[42] *Ibidem*, p. VIII (49).

[43] *Ibidem*, pp. V-VI (48).

[44] *Ibidem*, p. II (45-46).

[45] *Ibidem*, p. III (46).

[46] *Ibidem*, II, pp. 16-17 (386-387).

trale più volte riparato ma sempre conservato, ampliato per gradi e adattato per tentativi e allargamenti successivi ai bisogni dei suoi abitanti[47]. Anzi si potrebbe dire che il restauro non solo deve essere conservativo ma quasi archeologico: l'abitazione politica non va scelta come hanno tentato di fare i francesi demolendola tredici volte in ottant'anni, essa va «scoperta» in relazione alle forze intime della nazione prodotte da fattori indisponibili. Questi fattori, determinanti, per altro, anche la pluralità e la profonda diversità tra le nazioni stesse, sono definiti, nella famosa Introduzione alla *Histoire de la littérature anglaise*, la razza, l'ambiente e il momento; ed essi coniugandosi tra loro stabiliscono, per Taine, fin nei particolari meno appariscenti, il destino dei popoli: «se queste forze potessero essere misurate e computate (con la precisione delle scienze naturali), se ne dedurrebbero come da una formula le proprietà della civiltà futura»[48]. *Les origines*, pertanto, si propongono al lettore come un percorso verso l'intima conoscenza della nazione francese, onde poter esprimere, nell'unico modo che l'autore reputa legittimo, un'opzione politica. E la legittimità della scelta è tutta nella scientificità della sua fondazione, che si impone oggettivamente per la persuasività del suo metodo 'naturalistico'. Con l'ausilio di questo metodo la storiografia produce la scienza della storia, portando a compimento il lavoro della cultura tedesca del XIX secolo, a cui spetta il merito di aver compiuto il primo passo in direzione anti-illuministica dischiudendo alla storia il suo ricco e variegato cammino scientifico. La Germania (che anche per Taine rappresenta un modello valido di edificio politico ben restaurato per vivere la modernità in armonia con la propria storia), dal punto di vista della ricerca storiografica, ha compiuto, perciò, la prima tappa della sua scientificizzazione, valorizzando, contro ogni astrazione, i 'fatti' nella loro particolarità e nella loro quotidianità sommessa e iterativa, avvicinandola a quella «osservazione presente, personale, diret-

[47] *Ibidem*.

[48] H. TAINE, *Histoire de la littérature anglaise*, Paris 1863-64, I, pp. XXXIII.

ta e sensibile»[49] che è lo strumento essenziale della scienza per riprodurre l'uomo in carne ed ossa, coglibile solo con l'ausilio dell'«immaginazione simpatica» che permette di uscire dal proprio io, per «trasferirsi in punti di vista distanti»[50]. Il secondo passo, preparato da Stendhal e da Saint-Beuve, passo che Taine stesso sa di voler tentare sin dalla *Histoire*, consiste nel dischiudere all'osservazione scientifica il «mondo sotterraneo» della storia penetrando all'interno stesso dell'uomo esteriore concreto che la prima tappa della scienza storica ha già conseguito[51]. La psicologia, è noto, è la disciplina a cui Taine affida la maturazione scientifica della storia moderna. Essa fornirà a quest'ultima scienza lo stesso ausilio che l'anatomia ha dato alla zoologia comparata.

Con questo strumentario metodico Taine affronta il lungo cammino delle *Origines de la France contemporaine*, di cui è impossibile restituire qui la complessità di temi e di analisi. Aldilà del fascino letterario e della capacità evocativa di ambienti domestici e istituzionali, di tipi umani e di individui 'cosmico-storici', gli undici volumi delle *Origini* possono anche sembrare uno sviluppo e un approfondimento, essi stessi incompiuti, dell'incompiuta ricerca tocquevilliana; soprattutto la critica alle classi alte dell'antico regime obbedisce alla stessa scelta di parametri assiologici e porta ad una conclusione simile anche se più radicale: «Già prima del crollo finale, la Francia si è dissolta, e si è dissolta perché i privilegiati hanno dimenticato il loro carattere di *uomini pubblici*»[52]. Il capolavoro di Taine resta, comunque, la delineazione di quello *esprit classique* che poco alla volta pervade lingua, letteratura e mentalità, diventa stile, in base al quale si costruisce la casa e la città, uno stile che stabilisce i parametri della 'ragione' con cui i francesi iniziano a pensare l'uomo e la sua storia. Questo stile, che nella forma neoclassica voluta da Napoleone disegnerà, con il regime mo-

[49] *Ibidem*, p. XI.

[50] H. TAINE, *Les origines*, cit., II, p. 14 (384).

[51] H. TAINE, *Histoire*, cit., p. X.

[52] H. TAINE, *Les origines*, cit., I, p. 132 (181).

derno, tutti gli spazi della vita istituzionale francese ad immagine dell'architettura e della letteratura classica[53], già nel Settecento permea ogni aspetto della vita culturale e sociale delle classi dominanti debordando in un'oratoria persuasiva e semplificatrice, sempre preoccupata del consenso del pubblico, che omogeneizza il teatro al salotto, ma la cui pericolosità si vedrà soltanto nelle piazze quando si impadronirà dell'immaginario della folla. Avvalendosi della sua erudizione letteraria Taine segue la lingua francese nel suo passaggio nello stampo 'classico' – essa gli sembra subire un'«epurazione crescente»[54] di tutti i *mots propres*, nel vuoto lasciato dai quali si espandono i significati semplificanti di espressioni «generiche»[55]. Il francese diventa una lingua comoda per un'attenzione pigra. La poesia si isterilisce, ma, in compenso, ironizza Taine, più si sfronda più si chiarisce mettendo a disposizione di tutti anche le cose più complesse. Questa lingua diventa «l'organo di una certa ragione, la ragione ragionante, quella che vuole pensare con la minima preparazione e la massima comodità possibile ... che non sa o non vuole abbracciare la pienezza e la complessità delle cose»[56]. Dunque lo spirito classico è limitato e semplificante, è un'«astrazione svuotata di ogni contenuto», una «forma vuota»: produce 'superficialità'[57], poiché si limita a scalfire la «scorza» dei fatti, e parzialità, poiché coglie solo piccoli frammenti di verità con cui pretende di riprogettare l'intero mondo, in cui non c'è alcun posto per l'uomo reale prodotto dalla storia effettiva. Come esempio emblematico di questo modo di procedere, Taine, a proposito del ruolo della sensazione nell'opera di Destutt de Tracy, scrive: «Mai con un brandello così piccolo di natura umana si erano costruiti edifici così regolari e così speciosi»[58].

[53] *Ibidem*, IX, *passim*.

[54] *Ibidem*, II, p. 302 (355).

[55] *Ibidem*, I, p. 295 (348).

[56] *Ibidem*, p. 300.

[57] *Ibidem*, pp. 315-318 (367-371).

[58] *Ibidem*, p. 317 (370).

Ma l'inganno più pericoloso, lasciato in eredità dall'epoca classica alla Rivoluzione, che avrebbe provocato poi una catena di principi esiziali per l'assetto socio-spirituale, è per Taine l'identificazione tra lo spirito umano in generale e lo spirito classico. Sul presupposto di tale identificazione, l'uomo «in generale»[59], costruito dalla scienza per mezzo di generalizzazioni progressive conseguite sulla base delle osservazioni empiriche[60], astratto da ogni contesto di razza, ambiente e momento, viene creduto il luogo aurorale delle qualità morali dell'*âge classique* e di conseguenza l'uomo quale effettivamente è viene considerato «ragionevole e perfino buono per natura»[61]. L'uomo che lo spirito classico delinea come 'naturale' non è altro che la *silouhette* dello *honnête homme*, ossia il tipo umano prodotto dal salotto e per il salotto, la cui ragione di vita è «intrattenersi piacevolmente e con eleganza su tutti gli argomenti, gravi o leggeri, che possano interessare uomini o donne di mondo»[62]. La ragione che questo tipo umano, in cui si riassumono le qualità di 'pubblico' e perciò quelle di giudice universale, considera la guida decisiva della propria vita viene universalizzata a sua volta, fuori dal salotto, e considerata cooriginaria all'uomo. La ragione, invece, per Taine è solo il fragilissimo «ricamo successivo, la rete sottile e complicata»[63] che abbellisce il tessuto grossolano e resistente della natura umana (la ragione, considerata da un punto di vista scientifico, ossia da quello della fisiologia, è definita «un acquisto tardivo e un composto fragile ... una condizione di equilibrio instabile, dipendente dalle condizioni non meno instabili del cervello, dei nervi, del sangue, dello stomaco»[64]). Essa occupa una posizione subalterna nella costituzione psichica dell'uomo e precisamente quella di «un avvocato domestico sobil-

[59] *Ibidem*, p. 283 (336).

[60] *Ibidem*, p. 277-287 (330-340).

[61] *Ibidem*, II, p. 51 (421).

[62] *Ibidem*, I, p. 290 (343).

[63] *Ibidem*, II, p. 57 (427).

[64] *Ibidem*, p. 56 (426).

lato che i proprietarii impiegano per difendere i propri affari»[65]. Padrone della natura umana, invece, sono le forze brute endogene che si servono della ragione per legittimarsi. Esse sono occultate dalla normalità in cui si è abituati a vivere, ignorando che essa non è altro che il prodotto di una doppia 'repressione' e 'costrizione', interiore ed esteriore che, alla lunga, produce il disciplinamento di tali forze che noi consideriamo normalità. Il pregiudizio è lo strumento del disciplinamento interiore; «il potere armato che possiede la forza fisica insieme all'autorità morale»[66], ossia lo Stato, è lo strumento del disciplinamento esteriore. La ragione ha combattuto il pregiudizio ignorando in primo luogo che esso è «una sorta di ragione che ignora se stessa»[67], la cui utilità sociale appare a Taine tanto cospicua da scrivere: «se in una società i pregiudizi più importanti sparissero tutti d'un colpo, l'uomo, privato del retaggio prezioso trasmessogli dalla saggezza dei secoli, ricadrebbe immediatamente nello stato selvaggio e tornerebbe ad essere ciò che fu un tempo, un lupo inquieto, affamato, vagabondo e inseguito»[68]. Ma la ragione ha ignorato soprattutto, in secondo luogo, che le «cose umane» sono fatte in modo tale che per guidarle la stessa ragione «deve diventare pregiudizio»[69].

Come si vede, Taine sulla base dei risultati della scienza fisiologica e psicologica a lui contemporanea ha introiettato nell'organica composizione della natura umana quelle forze che la meccanica hobbesiana lasciava agire dall'esterno, limitando così a questo la repressione salvifica di quella stessa natura. Se per Hobbes è inutile per il sovrano comandare all'uomo interiore, perché inafferrabile, per Taine, invece, che ha assistito all'eruzione rivoluzionaria della libertà covata per due secoli dalla fiducia dello spirito classico in quella interiorità, ancorché svuotata da ogni fede e pregiudizio, è

[65] *Ibidem*, pp. 59-60 (429).

[66] *Ibidem*, p. 11 (381).

[67] *Ibidem*, p. 6 (377).

[68] *Ibidem*, p. 7 (377-378).

[69] *Ibidem*, p. 13 (383).

proprio dall'interno che va disciplinato l'uomo cosicché possa risultare efficace la «molla finale» che sta al fondo di tutti gli ingranaggi della struttura costituzionale di uno Stato, di antico o di moderno regime che sia. Tale «molla» è per Taine «il gendarme armato contro il selvaggio, il brigante e il pazzo che ciascuno di noi racchiude, assopiti o incatenati ma sempre vivi, nella caverna del proprio cuore»[70]. La malattia, allora, è solo un aspetto normale della salute; sono entrambe due diverse condizioni dell'equilibrio delle forze naturali. All'inizio del cap. X del libro III della *Storia della Rivoluzione francese*, Michelet aveva scritto: «Il male ... poiché è soltanto un'eccezione, un'irregolarità, esige, per essere compreso, una narrazione minuziosa. Il bene, invece, il naturale, che va fluendo da solo, ci è quasi noto a priori per la sua conformità alle leggi della nostra natura, per l'eterna immagine del bene che portiamo in noi»[71]. Questo atteggiamento fiducioso non è più praticabile dalla prospettiva scientista di Taine e Renan, al loro occhio esso non può che apparire di un classicismo naif.

L'indicazione conclusiva che vorrei proporre sulla base di quanto ho esposto finora è la seguente: nel momento in cui al fondo delle opzioni del liberalismo si sostituisce il primato della scienza a quello dell'etica, alla delusione per gli esiti della storia, per il cronicizzarsi della patologia francese, si affianca la rassegnazione alla naturalità della malattia, da cui si produce una sorta di degenerazione dei connotati essenziali della dottrina; talché lo stesso appello alla riforma o alla rigenerazione della Francia, come nel caso di un Renan, risuona in uno spazio etico-politico completamente svuotato dai valori che avevano costituito la trama resistente che da Benjamin Constant a Guizot a Tocqueville, da Michelet a Quinet aveva tenuto insieme gli orditi diversi ma concorrenti del costituzionalismo e della storiografia liberale francese. Anche il pluralismo linguistico, culturale, razziale e nazionale subisce una profonda torsione nel momento in cui alla

[70] *Ibidem*, p. 62 (432).

[71] J. MICHELET, *Histoire*, cit., l. X, pp. 395-396.

fede nella dignità dell'uomo si sostituisce un assunto radicalmente relativizzatore dei valori, che però parte da un presupposto assoluto, la scientificità del giudizio che, proprio in quanto tale, è legittimato a relativizzare gerarchizzando: a ricreare una scala di valori e dignità sul parametro che la scienza decide essere ottimale, determinando in maniera irrevocabile i diversi destini, le supremazie e le subordinazioni di popoli, razze e nazioni. Nel momento in cui gli uomini sono equiparati, come li equipara Taine, a piante o ad animali, il loro destino è identico a quello dei vigneti, la bontà del prodotto dei quali è assolutamente determinata dalla zona in cui furono coltivati[72], la loro evoluzione è identica a quella dei corpi organici la cui riuscita dipende essenzialmente dalle attitudini del «tipo primordiale»[73]. La stessa etica del sacrificio e del dovere a cui Renan, nella sua veste di moralista, fa appello costante, trova il suo coronamento nella «vittoria definitiva» del popolo che saprà adottarla e giovarsene[74]. Tale etica, poi, vale solo per l'uomo comune, per la carne da cannone, la cui funzione è esclusivamente nell'immolazione per la gloria della nazione e per la potenza dello Stato. Per i migliori, per i geni, per i produttori di scienza, per quelli che prepareranno il «trionfo oligarchico dello spirito» e ne godranno da padroni[75], il discorso è diverso: il loro egoismo e la loro immoralità sono proprio il compimento naturale della vera moralità[76], impraticabile per la folla di uomini e razze inferiori.

Nel momento in cui il liberalismo prende commiato dalla *koinè* spirituale che ha posto al centro del mondo eticopolitico l'individuo e la sua dignità, esso è destinato a condividere con le teorie più eterogenee ideologicamente il determinismo che confonde, ancorché 'scientificamente', la sto-

[72] H. Taine, *Philosophie de l'art en Italie* (Leçons professées a l'École des Beaux-Arts), Paris 1866, pp. 5-6.

[73] H. Taine, *Histoire de la littérature anglaise*, cit., pp. XXXVIII-XXXIX.

[74] J.E. Renan, *Questions contemporaines*, cit., p. XXIII.

[75] J.E. Renan, *Dialogues philosphiques*, cit., pp. 125-126.

[76] *Ibidem*, p. 133.

ria con la natura, la libertà (anche della Rivoluzione) con la necessità, la giustizia con la violenza. In un momento di piena crisi di tutti i valori illuministici, allorché la ragione è costretta a mostrare, sotto la maschera 'classica', il volto nudo della follia, in un'atmosfera certamente più fascinosa e stimolante di quella del tardo umanismo e spiritualismo liberal-democratico, può accadere che la «puzza di laboratorio» che emana dalle *Origini della Francia contemporanea* può anche espandersi come un gradevole profumo nel Gulag sognato da Renan come esito della «riforma scientifica» dell'universo.

# Riforma sociale. Quattro epoche di un concetto-chiave

di *Christof Dipper*

Noi tedeschi siamo un popolo di riformisti. Nel 1984 un'inchiesta accertò che ben il 65% dei cittadini della Repubblica federale si includeva allora nella categoria dei riformisti, solo il 19% si definiva conservatore, e addirittura solo il 15% chiedeva «modifiche radicali in molti ambiti»[1].

Quale che sia il valore che si può attribuire alle inchieste, questa rinvia ad un dato di fatto che sicuramente rientra tra i caratteri fondamentali della cultura politica tedesca. Riforma come principio politico ha infatti da noi una lunga tradizione e risale al più tardi agli inizi del XVIII secolo. In quell'epoca si chiamavano con il termine riforma gli interventi dall'alto in nome del bene comune; è così che si spiega come questo concetto, e la coscienza di sé che esso evoca, sia diventato una componente costitutiva dello «Stato territoriale tedesco».

Questo principio è perciò più antico della società moderna, ma non dello Stato moderno. Esso è più antico anche di tutte le rivoluzioni dell'età moderna, se si prescinde da quella inglese. Rilevare questo è importante perché mi sembra che tra queste due cose esista un nesso. Riforma come principio politico non è stata inventata, e comunque nel nostro paese in nessun caso, per scongiurare le rivoluzioni. Vedere in essa solo una strategia di «modernizzazione difensiva»,

*Traduzione di Anna Gianna Manca.*

[1] «Süddeutsche Zeitung», 20.9.1984. Una versione più dettagliata di questo saggio è apparsa di recente in «Archiv für Begriffsgeschichte», 32, 1992.

vale a dire «in primo luogo una reazione produttiva alla forte pressione all'adeguamento» proveniente dalla vicina Francia, come recentemente ci ha di nuovo assicurato Hans-Ulrich Wehler nella sua importante *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, non rende pienamente giustizia allo stato delle cose[2].

Le condizioni che hanno reso possibile la nascita del concetto hanno continuato fino ad oggi ad accompagnare la sua esistenza, anche se al momento sembrano venir meno. Nel XIX secolo però la tradizione non si era ancora incrinata: «riforma» denotava allora un modulo d'azione che poneva l'accento sulla superiorità del criterio di giudizio dell'autorità e sulla sua – apparente – libertà di giudizio quando si presentava la necessità di adeguare la situazione politica o sociale. Un modo di pensare paternalistico dominava infatti tutte le *élites* statali o vicine allo Stato, perché esse, senza eccezione, erano tutte convinte che la società non si potesse governare da sé. Anche questa era una vecchia concezione che veniva motivata nel XVIII secolo con lo 'stato di minorità' dei sudditi, e ora, cioè nel XIX secolo, con la lotta fra le classi. Per farla breve: l'imperativo del momento era l'emancipazione (in senso classico, e cioè del diritto romano), e non l'autoemancipazione.

È noto che questo modo di intendere la politica non era condiviso da tutti i contemporanei. Al contrario esso fu sempre più messo in discussione nel XIX secolo: dapprima dai liberali, poi da parte dei radicali e dei loro eredi, il movimento operaio, e infine, da non dimenticare, da parte dell'avanguardia ebraica. Fu questa tra l'altro a introdurre nel dibattito lo slogan della «autoemancipazione» lasciando trasparire anche concettualmente la perdita di fiducia nel riformismo dello Stato autoritario. Non così i liberali. Anche quando fecero una dura opposizione, essi insistettero tuttavia sempre sul fatto di voler raggiungere i loro obiettivi «per la via della legge», lasciando così trasparire più che chiara-

[2] H.-U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, I, München 1988[2], p. 532.

mente quanto fossero rimasti segnati dal sogno della rivoluzione. Di ciò non si trovava naturalmente alcuna traccia nella sinistra. Qui, verso il 1840, il concetto di 'emancipazione' sfociò in un condensato filosofico-storico che non alludeva più a miglioramenti ben definiti e che fece dell'emancipazione un processo universale erigendolo a legge storica[3].

Questa costellazione va tenuta ben presente al momento di volgere finalmente lo sguardo verso quello che è il nostro oggetto d'indagine vero e proprio: la riforma sociale (*Sozialreform*). Essa fu per quasi un secolo al centro dell'interesse di tutti; essa era, come Thomas Nipperdey solo poco tempo fa ci ha assicurato nella sua *Deutsche Geschichte*, «uno dei due principali temi politici dei cittadini prima del 1914»[4]; in essa si agitava in modo chiarissimo la minacciosa alternativa riforma/rivoluzione, ed essa aveva politicamente un'efficacia incomparabilmente maggiore di tutti gli altri concetti di riforma: nello Stato assistenziale le regolamentazioni di politica sociale hanno rango costituzionale, sfuggono alla costituzione classica della società borghese e introducono, per riprendere un idea di Dieter Grimm[5], in una nuova epoca del costituzionalismo.

## I.

La storia del concetto, che si scinde in quattro periodi, comincia, come c'era da aspettarsi, nel *Vormärz*. Il concetto fa la sua apparizione ancora prima che sia posta la «questione sociale», ma viene però ben presto occupato da essa. Con 'riforma sociale' si intende infatti la soluzione di questa questione attraverso l'intervento dello Stato. A dare ad essa il

[3] Cfr. E. WOLGAST, *Reform*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe*, V, Stuttgart 1984, pp. 313-360.

[4] Th. NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, II, München 1990, p. 371.

[5] D. GRIMM, *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen deutschen Konstitutionalismus*, in D. SIMON (ed), *Akten des 16. deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt am Main 1987, pp. 45-76.

segnale di partenza fu la rivolta dei tessitori slesiani nel giugno 1844.

A portare la questione a livello di dibattito pubblico non fu lo spontaneo spirito di solidarietà dei cittadini, ma un ordine di gabinetto di Federico Guglielmo IV. In esso il monarca biasimava la morosità delle autorità e chiedeva loro che in futuro considerassero tutti i tipi di misure assistenziali come «una parte della loro attività di ufficio». Questo decreto suscitò immediatamente un dibattito tra tutti quei gruppi che volevano migliorare il destino dei lavoratori non solo momentaneamente ma in modo duraturo. Come si mostrerà fra poco, il termine 'riforma sociale' ha condotto immediatamente ad una polarizzazione di coloro che presero parte al dibattito.

Senza pretese teoriche, ma con importanti conseguenze per la teoria fu il programma del «Centralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen», fondato a Berlino il 9 ottobre 1844, in cui si erano riuniti industriali, intellettuali e alti funzionari ai quali il monarca offrì spontaneamente 15.000 talleri affinché potessero essere finanziate le necessarie «istituzioni assistenziali». Anche a livello locale si costituì un numero incontrollabile di associazioni di soccorso, tutte composte in modo simile e promotrici dello stesso programma: 'pace sociale attraverso riforma sociale'[6]. In concreto ciò significò la fondazione di casse di risparmio e di sostegno, di scuole serali e domenicali, di associazioni assistenziali e di ritrovo oltre che appelli ai maestri artigiani e soprattutto agli industriali affinché pagassero salari adeguati e riducessero gli orari di lavoro soprattutto alle donne e ai ragazzi. Tutto questo veniva considerato in queste cerchie riforma sociale. Essa mirava alla sproletarizzazione dei lavoratori attraverso la loro ascesa alla condizione di lavoratori indipendenti; 'riforma' fu cioè intesa a questo riguardo in senso letterale: essa non mirava infatti al futuro ma si rifaceva piuttosto allo

[6] La storia del «Centralverein» è stata scritta da J. REULECKE, *Sozialer Frieden durch soziale Reform. Der Zentralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen in der Frühindustrialisierung*, Wuppertal 1983.

scomparso ideale della società dei possessori. Paternalismo e armonia sociale contraddistinguevano dunque l'immagine del mondo di queste cerchie conservatrici-liberali che, attraverso la rapidità dell'azione, volevano prevenire la temuta rivoluzione.

Nonostante ciò, per l'ala dottrinaria del movimento liberale queste aspirazioni si spingevano troppo in là. Karl Biedermann vide nel «Centralverein» un'organizzazione che sfiorava pericolosamente il confine che la separava dalla «riforma sociale radicale» e con ciò dal «socialismo filosofico» di un Moses Heß, di un Karl Marx, o di un Friedrich Engels[7]. Per Ludwig August von Rochau però, l'"inventore' della «Realpolitik», «riforma sociale» era lo stesso che «socialismo», perché con essa si oltrepassava il sacrosanto confine della proprietà[8]. In effetti già Julius Fröbel aveva chiesto nel 1847 che in futuro la proprietà avesse «la fonte della sua legittimità nel diritto pubblico» e aveva individuato in ciò il nucleo di una «politica sociale», concetto anche questo nuovo, coniato in quel periodo. Lo scopo ultimo dello Stato, la solidarietà, richiedeva, così Fröbel, che tutti i diritti di proprietà fin qui esistenti fossero trasformati in «feudi» e tutti i contratti di lavoro in «contratti di società per una conduzione comune dell'azienda»; solo così si sarebbe potuta risolvere la 'questione sociale'[9]. Un programma veramente ampio, addirittura eversivo, che se realizzato avrebbe cozzato contro i limiti dell'ordinamento sociale dominante infrangendo le regole del gioco della riforma sociale.

Proprio per questo Rochau cercò ancora una volta di rendere più evidente il confine con il 'socialismo' con una concessione terminologica: se con «compito della 'riforma sociale'» si vuole «denotare il compito economico dello Stato che

[7] K. BIDERMANN, *Sozialistische Bestrebungen in Deutschland*, in K. BIDERMANN, *Unsere Gegenwart und Zukunft*, fasc. I, II e IV, Leipzig 1846.

[8] A.L. VON ROCHAU, *Grundsätze der Realpolitik*, I [1853], hrsg. von H.-U. WEHLER, Frankfurt am Main - Berlin 1972, pp. 146 ss.

[9] J. FRÖBEL, *System der socialen Politik*, II, Mannheim 1847 (rist. anast. Aalen 1975), pp. 400, 409, 425.

sta al di qua di quel confine», scrisse Rochau, «allora non c'è niente da obiettare ad una tale denominazione». Ma cosa enumerava egli tra i «grandi strumenti della riforma sociale»? Risparmi di bilancio e una libertà economica senza vincoli; tutto il resto doveva «essere lasciato ad una evoluzione organica, lenta per natura»[10].

Per riflessioni e dubbi di tal fatta l'ala sinistra dei giovani hegeliani, che alcuni avevano appena lasciato per passare al socialismo o al comunismo, non nutriva altro che spregio e scherno. L'articolo di giornale del luglio 1844 di Arnold Ruge dal titolo *Der König von Preußen und die Socialreform* riversò pungente ironia su coloro che si limitavano all'assistenza ai poveri e alle società di beneficenza, e profetizzò alla Germania la «rivoluzione sociale» non appena gli intellettuali avessero individuato «la fonte del disagio sociale»[11]. Per questo suo modo di pensare egli fu naturalmente schernito a stretto giro di posta da Karl Marx, che gli rimproverò di non aver capito che a provvedere all'educazione politica del proletariato sarebbe stata la situazione sociale da sola. Ancora più grave era ai suoi occhi il fatto che Ruge si fermasse in genere al tema 'riforma', tema che per Marx era un pretesto tattico della borghesia tedesca. «Tutti i giornali liberali tedeschi, gli organi della borghesia liberale, si riversano su organizzazione del lavoro, riforma della società, critica dei monopoli e della concorrenza etc. Tutto a causa dei movimenti operai». In questo senso Marx illuminava i suoi lettori: «Ma le riforme sociali non verranno mai realizzate per le debolezze dei forti, ma sempre piuttosto dalla forza dei deboli»; adesso che si era così vicini alla meta non bisognava perciò allentare la presa[12]. In quanta poca considerazione Marx ed Engels tenessero la riforma sociale, fu da loro

[10] A.L. von Rochau, *Grundsätze der Realpolitik*, ed. 1972, cit., pp. 146, 147.

[11] A. Ruge, *Der König von Preußen und die Sozialreform*, in «Vorwärts! Pariser Deutsche Zeitschrift», n. 60, 27.7.1844.

[12] K. Marx, *Kritische Randglossen zu dem Artikel: «Der König von Preußen und die Socialreform. Von einem Preußen»*, in «Vorwärts! Pariser Deutsche Zeitschrift», nn. 63 e 64, 7.8. e 10.8.1844.

stessi chiaramente svelato nel 1848 nel *Manifesto* comunista. Lì essi collocarono «quella parte della borghesia» che desidera «porre rimedio ai mali sociali» senza esitare minimamente dalla parte dei temperanti, dei protettori degli animali e degli altri «riformatori da quattro soldi della specie più svariata», che non avevano capito tutti quanti che il rimedio non sarebbe venuto dalle riforme ma solo dalla rivoluzione[13].

Con il '48 siamo già alla conclusione della prima fase della storia del nostro concetto. Il breve periodo è stato però sufficiente a lasciar emergere quella costellazione di tre concezioni concorrenti di riforma sociale che ritroveremo anche successivamente. L'evoluzione concettuale del termine 'riforma sociale', questa la mia prima tesi, era giunta a maturazione già prima del 1848; in seguito non intervennero sviluppi di un qualche rilievo.

Nel contesto della rivoluzione del '48 degni di nota sono però altri due fenomeni che pure hanno avuto un enorme effetto di lunga durata. Il primo è di natura essenzialmente storico-fattuale: il movimento operaio non seguì gli insegnamenti di Marx ed Engels, ma rimase nella sua maggioranza social-riformista. Esso non parlava certo di 'riforma sociale', ma piuttosto, talvolta addirittura con enfasi, di «redenzione sociale»[14], che, come sottolineava Stephan Born, il portavoce dell'*Arbeiterverbrüderung* (fratellanza operaia), «poteva essere raggiunto solo con il dominio del popolo (democrazia) il più esteso possibile»[15]. Per questo movimento operaio divenne d'uso comune il termine di «socialdemocrazia». In questo modo la riforma sociale toccava ora, già per la seconda volta nell'arco di poco tempo, un problema costituziona-

[13] K. MARX-F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, in *Marx-Engels Werke*, IV, Berlin 1959, p. 488.

[14] L. OTTO, in «Die Verbrüderung», n. 16, 24.11.1848, cit. in W. CONZE-D. GROH, *Die Arbeiterbewegung in der nationalen Bewegung*, Stuttgart 1966, p. 35, n. 22.

[15] S. BORN, *Garantie der Arbeit. Politische Rechte. Moralische Mittel*, in «Das Volk», n. 22, 22.6.1848, cit. in H. KRAUSE, *Die Demokratische Partei von 1848 und die soziale Frage*, Frankfurt am Main 1923, p. 187.

le: dopo il diritto fondamentale alla libera proprietà si toccava qui la questione della forma di Stato e di governo.

Gli apprendisti e gli operai che dunque disdegnavano il termine di riforma sociale, poterono sentirsi confermati nella loro riserva da un artificio terminologico-programmatico dei conservatori riformisti. E con ciò siamo già al secondo fenomeno dall'effetto di lunga durata, un fenomeno rilevante soprattutto per la storia dei concetti. Nel 1850 infatti Lorenz Stein progettò la «*monarchia della riforma sociale*». Dal crollo della monarchia in Francia Stein aveva tratto l'insegnamento che nell'attuale «contrapposizione delle classi sociali» la monarchia, se voleva sopravvivere, non doveva schierarsi dalla parte dei dominanti. «Da ora in poi ogni monarchia – profetizzò Stein – diventerà un mero fantasma o un dispotismo oppure affonderà nella repubblica, se non avrà l'alto coraggio morale di diventare una monarchia della riforma sociale»[16]. Stein formulò questa «legge», come lui la chiamava, per salvare la monarchia, e non certo per far avanzare la riforma sociale; questa aveva per Stein un carattere solo strumentale. Assai povere risultarono di conseguenza le sue annotazioni a questo riguardo: esse si limitarono agli slogans «assistenza popolare» e «libertà», lasciando fuori dunque tutto ciò che avrebbe potuto ricadere sotto il sospetto di 'socialismo'. Certo, il programma di Stein non ha mai acquistato rilievo pratico; eppure questo concetto, in quelle condizioni di contesto politico, esercitò una straordinaria forza di attrazione sulle *élites* intellettuali tedesche.

Per il resto però il dibattito nel 1849-50 per il momento si arrestò. Il motivo di ciò non sta solo nei cosiddetti anni della reazione, ma anche, almeno nella stessa misura, nel boom economico degli anni '50 che portò all'affermarsi dell'industrializzazione e insieme della variante manchesteriana del liberalismo nella teoria e nella prassi.

[16] L. STEIN, *Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, III, [1850]; la citazione – così pure le seguenti – è ricavata dall'edizione di Monaco del 1921.

## II.

Il secondo periodo della storia del nostro concetto durò più a lungo del primo, e cioè dal 1871-72 fino al 1918. Come già nel 1844 furono eventi esterni a portare il tema all'ordine del giorno, vale a dire i primi sintomi di crisi economica dopo uno slancio di venti anni, che lasciarono emergere impietosamente la miseria, rimasta pressoché invariata, della classe operaia –, e come già nel 1844 'riforma sociale' assunse di nuovo immediatamente una forma istituzionalizzata. La figura istituzionale in cui il concetto si incarnò fu il «Verein für Socialpolitik», preparato nel 1872 e fondato formalmente nell'ottobre del 1873. Pudolf von Gneist, il suo primo presidente, avrebbe voluto chiamarlo «Verein für Socialreform»; questa sua proposta non incontrò però l'approvazione della maggioranza[17].

La discordanza sui termini era tutt'altro che senza importanza. Sul termine 'riforma sociale' gravava infatti ancora pesantemente l'eredità del radicalismo degli anni '40. Il movimento operaio nel frattempo risorgente aveva accresciuto ancora ulteriormente le paure, cosicché proprio il termine 'riforma sociale', per quanto assurdo ci possa sembrare oggi, si trovava allora in una attiguità assai discreditante con quello di 'rivoluzione'. Per questo motivo il giovane Schmoller, che apparteneva alla schiera di coloro che avevano riscoperto la 'questione operaia', aveva accuratamente evitato di usarlo nel 1864. Se due decenni e mezzo più tardi egli, rievocando gli inizi del «Verein», lo definì disinvoltamente come «pattuglia di punta della riforma sociale»[18], evidentemente nel frattempo erano cambiate molte

[17] Cfr. R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich*, in R. VOM BRUCH, *Weder Kommunismus noch Kapitalismus. Bürgerliche Sozialreform in Deutschland vom Vormärz bis zur Ära Adenauer*, München 1985, p. 65. La storia reale di quanto è trattato qui dal punto di vista semantico è stata indagata da G. GOZZI in *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Monografia 9), Bologna 1988.

[18] In *Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik*, 26-27.9.1890, Leipzig 1890, p. 2.

cose. E in effetti è in questo arco di tempo che ricade non solo l'inizio dello Stato sociale ma anche il riconoscimento del concetto. Nel 1872 inizia infatti il periodo alto della «riforma sociale borghese».

Per diverse ragioni la situazione era questa volta più favorevole di venticinque anni prima, anche se il flusso dello sviluppo si arrestò più volte. Un vantaggio da non sottovalutare era però il fatto che la scuola storica dell'economia stava per por termine in nome di una «concezione etica del mondo» alla breve predominanza del liberismo economico. Schmoller, il qui spesso citato portavoce di questa scuola, annunciò perciò speranzoso in uno schizzo storico-economico nel 1877 che ormai era iniziata l'«epoca della riforma sociale», «della riforma nel senso della giustizia»[19].

Questa affermazione doveva però ben presto rivelarsi un errore, e in particolare per due motivi. In primo luogo perché per una riforma sociale, e cioè per un «energico intervento sul presente» come Schmoller definì metaforicamente lo «Stato sociale» che si voleva costruire[20], non si trovò nel *Reichstag* dominato dai liberali dapprima alcuna maggioranza, e anche quando questa fu raggiunta, dopo il 1878, i riformatori sociali, e questo è il secondo motivo, si erano già spaccati in due tronconi sulla legge antisocialista. Come già era successo nel primo periodo i riformatori sociali borghesi avevano smesso di procedere allo stesso ritmo. Giacché l'oggetto del dissenso toccava una questione di principio, nonostante la direzione di marcia parallela, non era possibile pensare ad un cammino comune.

L'ala del «Verein für Socialpolitik» che dominò fino al 1877 si caratterizzò, al di là di tutti i secondi fini dei suoi sostenitori, per un concetto di 'riforma sociale' che scaturiva in prima istanza da motivazioni etiche. Nel 1903 il presidente della

[19] G. SCHMOLLER, *Die Reform der Gewerbeordnung* [1877], in G. SCHMOLLER, *Zur Social- und Gewerbepolitik der Gegenwart. Reden und Aufsätze*, Leipzig 1890, pp. 133, 157.

[20] G. SCHMOLLER, *Die Arbeiterfrage*, p. III, in «Preußische Jahrbücher», 1876, p. 62.

«Gesellschaft für soziale Reform», fondata nel 1901 perché il «Verein für Socialpolitik» già da tempo aveva rinunciato a perseguire i suoi obiettivi originari, alla domanda perché perseguisse la riforma sociale, indicò come motivazioni «il senso di compassione e di giustizia e l'acume politico». Si doveva far leva su «la legislazione e la solidarietà (*Selbsthilfe*)» per ridurre il contrasto tra capitale e lavoro. La riforma sociale aveva dunque di mira il proletariato industriale e doveva contemporaneamente aiutare la socialdemocrazia a diventare un «partito dei lavoratori» che poi dal canto suo «cerca di conquistare attraverso la via della riforma e dello sviluppo un posto al sole ai lavoratori, posto a cui essi hanno diritto come tutti gli altri cittadini dello Stato». Quando alla fine Berlepsch, cui appartiene questa citazione, assicurava, in tono addirittura patetico, che «la riforma sociale è la nostra arma e la nostra speranza», il motto della riforma sociale veniva con ciò eretto a concetto prospettico di filosofia della storia in cui il mezzo e il fine finivano per coincidere[21]. Ciò che questo orientamento politico-sociale perseguiva era molto e poco allo stesso tempo: molto perché esso voleva affermare la «parità dei diritti», poco perché in questa sua lotta esso sperava allo stesso tempo di poter contare sulla saggezza delle parti in lotta, sebbene facesse molto affidamento sull'intervento dello Stato. Ernst Francke parlò perciò di una «moderata riforma sociale» cui la sua «Gesellschaft» si sarebbe votata[22].

Ciò veniva asserito soprattutto con lo sguardo rivolto all'altra ala del «Verein» che intendeva la riforma sociale come strumento di lotta contro il movimento operaio e perciò non disdegnava un massiccio intervento dello Stato. Caratteristica è la proposta di Rudolf Todt, un parroco brandeburghese che chiese al principe ereditario un «ufficio riservato alle riforme sociali» e che, quando il principe respinse la sua proposta, fondò nel 1877 insieme ad Adolph Wagner e ad

[21] H.-H. VON BERLEPSCH, *Warum betreiben wir die soziale Frage?*, Jena 1903, pp. 19, 27, 30.

[22] «Soziale Praxis», VII, 14.10.1897, 2; cit. da G. MÜLLER, *Gesellschaft für soziale Reform 1901-1936*, in *Lexikon zur Parteigeschichte*, III, Köln 1985, p. 43.

Adolf Stoecker il «Zentralverein für soziale Reform»[23]. Il suo organo era lo «Staats-Socialist» che nel 1882 fu assorbito dalla «Konservative Monatsschrift». Già tre anni prima il «Zentralverein» si era congiunto al partito cristiano-sociale dei lavoratori (*Christlich-Soziale Arbeiterpartei*) di Stoecker. Questo sviluppo non fu un fatto casuale, né dal punto di vista storico-fattuale, né da quello storico-concettuale. La lotta per gli operai era una lotta contro il movimento operaio.

Qui il socialismo di Stato e la rinnovata idea della monarchia sociale si congiunsero dando vita ad un concetto di 'riforma sociale' cui mancava qualsiasi contenuto utopistico. A ben vedere esso non era neanche alternativo, ma piuttosto solamente complementare a quello di 'rivoluzione sociale'. Della politica sociale si aveva bisogno solo perché e solo finché questa costituiva una minaccia; e per questo Bismarck poteva a ragione affermare al *Reichstag* nel 1884: «Se non ci fosse alcuna socialdemocrazia e se un mucchio di gente non avesse paura di essa, non esisterebbero nemmeno i modesti progressi da noi fin qui fatti nella riforma sociale»[24].

L'affermazione di Bismarck non mostra solo che nel frattempo la riforma sociale aveva posto le sue solidi basi, ma anche quale prezzo si dovette pagare per essa. La concezione di Bismarck della strumentalità della politica social-riformatrice non era peraltro nemmeno quella che si spingeva più in là. Le strumentalizzazioni, o addirittura le manipolazioni cui essa si prestò si mostrarono in tutta la loro effettiva consistenza nei tentativi di Stoecker di agitare insieme le bandiere della riforma sociale e dell'antisemitismo. Il suo slogan nella campagna elettorale per un seggio parlamentare culminò nel 1881 nella triade «Riforma sociale, rinnovamento etico-religioso e lotta contro lo strapotere degli ebrei», perché egli riteneva che solo così si potesse battere il suo concorrente progressista[25]. La

[23] Cfr. a questo proposito W. VOGEL, *Bismarcks Arbeiterversicherung. Ihre Entstehung im Kräftespiel der Zeit*, Braunschweig 1951, pp. 64 s.

[24] O. VON BISMARCK, *Gesammelte Werke*, XII, Berlin 1929, p. 498.

[25] Discorso del 28.10.1881, in A. STOECKER, *Christlich-sozialistische Reden und Aufsätze*, Bielefeld-Leipzig 1885, p. 409.

combinazione dei tre motti, a prima vista contro senso, aveva un suo senso ben preciso. Allo sguardo acuto di Stoecker per i problemi sociali non era infatti sfuggito che i soli strumenti della difesa dei lavoratori e della assicurazione sociale non erano sufficienti a risolvere la questione sociale in tutta la sua ampiezza. Ma i gruppi cui egli prometteva sostegno erano troppo disomogenei perché si trovassero insieme sotto il segno della 'riforma sociale', dato che questa semanticamente si limitava al conflitto tra capitale e lavoro. La questione sociale del ceto medio venne perciò spacciata da Stoecker come il conflitto tra «germanesimo» e «giudaismo», una formula che fu subito ripresa da altri partiti antisemiti. Fu per questo che l'estensione sociale del termine 'riforma sociale', per quanto in sé e per sé giustificata, a causa dell'antisemitismo ad essa connesso non fu accolta dai riformatori sociali borghesi.

'Riforma sociale' aveva però per l'ala conservatrice ancora due significati secondari, che sono in stretta connessione con il sistema politico dell'Impero e che contemporaneamente mettono a nudo il deficit delle offerte di integrazione dei liberali. Riforma sociale fungeva infatti anche da arma concettuale nella lotta contro la borghesia e il parlamentarismo. È questo ad esempio il caso di Conrad Bornhak, il noto giuspubblicista che nel 1892 confrontò i sistemi politici europei relativamente al «diritto dei lavoratori» giungendo alla conclusione che le rappresentanze popolari non facevano che inasprire la lotta fra le classi. Egli si consolava tuttavia con la convinzione che «non ogni Stato è ugualmente incapace di fare la riforma sociale». Al contrario, «proprio la monarchia tedesca, in virtù del suo significato storico e della sua posizione di diritto pubblico ... [è] chiamata ad aprire l'era della riforma sociale in Europa»[26].

Questa speranza è stata, com è noto, ingannata; e così, verso la fine del secolo, i social-imperialisti di tutti i tipi cominciarono a coltivare l'idea di utilizzare il concetto dell'«Impero

[26] C. BORNHAK, *Das deutsche Arbeiterrecht*, in «Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik», 1892, pp. 538, 542.

sociale» anche per la 'politica mondiale' (*Weltpolitik*). Friedrich Naumann, lo sfortunato ispiratore del liberalismo di sinistra, cercò di far capire agli industriali che i loro interessi erano destinati a restare insoddisfatti se non avessero avuto riguardo per la classe operaia; per questo motivo per lui «contratti commerciali, riforma sociale, flotta» dovevano essere posti sullo stesso piano di priorità[27]. Otto Hintze fece addirittura un passo ulteriore e valutò come «un segno di progresso politico ... il fatto che ultimamente le questioni di politica sociale siano affrontate anche in cerchie più vaste dal punto di vista della ragion di Stato. La riforma sociale non è solo un imperativo del progresso economico e della giustizia sociale, ma anche e anzitutto dello sviluppo della potenza della nazione»[28].

Che i riformatori sociali borghesi delle due ali si trovassero d'accordo proprio sul punto della politica mondiale, rinvia alla molteplicità delle cose che avevano in comune. Essi appartenevano tutti alle *élites* intellettuali e si sentivano perciò già solo per lo *status* professionale vicini allo Stato autoritario guglielmino. Per questo avversavano gli obiettivi politici del movimento operaio, anche se per convincimento etico ritenevano urgentemente necessario un miglioramento della condizione della classe operaia. Questo obiettivo doveva essere raggiunto con l'aiuto di una emancipazione limitata, guidata dall'alto.

Proprio questo era il punto su cui si concentrò la critica della socialdemocrazia. La SPD era troppo in balia di una duplice tradizione, e cioè quella della «fratellanza operaia» di Stephan Born e quella della orgogliosa offerta di compromesso a Bismarck di Lassalle, per non essere attratta dal concetto della riforma sociale. In particolare la giovane generazione, prima della legge antisocialista, era convinta che

[27] F. NAUMANN, *Weltpolitik und Sozialreform*, Schöneberg-Berlin 1899, p. 16. Il termine 'Impero sociale' (*soziales Kaisertum*) fu coniato da Naumann nella sua nota rivista «Die Hilfe», 3, 1897, n. 4, p. 3.

[28] O. HINTZE, *Roschers politische Entwicklungstheorie* [1897], in: O. HINTZE, *Gesammelte Abhandlungen*, III, Göttingen 1964[2], p. 4.

la promessa società nuova potesse essere raggiunta per così dire in modo graduale. Per questo gli scritti dei socialisti della cattedra godevano al suo interno di straordinaria popolarità[29]. Ma anche dopo il 1878 la questione della riforma rimase all'ordine del giorno, perché i 'compagni' volevano vedere dei successi concreti. Georg von Vollmar scongiurò perciò il partito di prender parte attiva alla vita politica «nonostante i suoi principi rivoluzionari» e di «non rigettare per principio le riforme politiche e particolarmente quelle economiche». Ma anche lui prese le distanze dai riformatori sociali borghesi' e assicurò che «non ci poteva essere alcuna effettiva riforma sociale senza il movimento socialista»[30].

Ma cosa era scopo e cosa mezzo? Per Vollmar non c'era alcun dubbio che una «vera riforma sociale» poteva essere solo un mezzo, proprio come la rivoluzione, mentre la «riforma sociale imperiale», che lui criticava, aveva in sé già deciso il suo scopo, vale a dire la cosiddetta difesa dei lavoratori (*Arbeiterschutz*)[31]. Questo era troppo poco anche per Eduard Bernstein, nonostante egli concordasse sulla riforma come principio politico[32], cosa che gli procurò il marchio di 'revisionista'. Rosa Luxemburg si pose come compito la sua conversione e cercò di spiegargli che «tra la riforma sociale e la rivoluzione sociale [c'era] un nesso inscindibile», dove «però la lotta per la riforma sociale è il mezzo,

[29] Fu Cora Stephan a richiamare l'attenzione sulla grande forza attrattiva degli scritti dei cosiddetti socialisti della cattedra e persino dei socialisti di Stato come Adolf Stoecker per la giovane socialdemocrazia tedesca. Cfr. a questo proposito *«Genossen, wir dürfen uns nicht von der Geduld hinreißen lassen!» Aus der Urgeschichte der Sozialdemokratie 1862-1878*, Frankfurt am Main 1981², pp. 234 ss.

[30] G. VON VOLLMAR, *Revolution oder Reform?*, in «Socialdemokrat», nn. 44 e 52, 31.10. e 26.12.1880, ora in G. VON VOLLMAR, *Reden und Schriften zur Reformpolitik*, Berlin-Bonn 1977, p. 84.

[31] G. VON VOLLMAR, *Der Staatssozialismus unter Bismarck und Wilhelm II.*, in «Die Gesellschaft», 8, 1892; *ibidem*, pp. 168 ss.

[32] Cfr. E. BERNSTEIN, *Zur Geschichte und Theorie des Socialismus. Gesammelte Abhandlungen*, Berlin-Bern 1901, *passim*.

mentre la trasformazione sociale è il fine»[33]. Allorché però Bernstein si mostrò in disaccordo, lei lo incasellò senza esitare nel «socialismo utopistico» che già Marx aveva criticato dal punto di vista 'scientifico'. La Luxemburg poté così accontentarsi di esporlo al ridicolo: «L'idea di Fourier – scrisse – di trasformare attraverso il sistema dei falansterii tutta l'acqua del mare improvvisamente in limonata era molto fantastica. Ma l'idea di Bernstein di trasformare il mare dell'amarezza capitalistica in un mare di dolcezza socialista attraverso l'aggiunta, bottiglia dopo bottiglia, di limonata social-riformista, è solo più insipida ma non è certo meno fantastica»[34].

Il corso ulteriore della storia ha, com'è noto, preservato gli operai dalla tentazione rappresentata dalla 'limonata social-riformista', perché l'Impero non è arrivato molto lontano con la desalificazione dell'acqua del mare capitalistico. E l'acqua che attraverso di essa poté giungere ad essere consumata non era certo insapore ma aveva il gusto smaccato dei secondi fini dello Stato autoritario. I riformatori sociali borghesi non furono turbati da ciò, giacché l'assortimento di bevande spirituali aveva per loro in offerta gocce più nobili. Al loro effetto inebriante – proseguendo ancora per l'ultima volta sulla falsariga della metafora iniziale –, poterono sottrarsi solo pochi contemporanei. Tra di loro Max Weber, il cui sobrio riconoscimento della lotta di classe come componente imprescindibile dell'ordinamento della società industriale rivelò come egli avesse deposto la sua iniziale fede nello Stato e si fosse in certo qual modo nutrito all'albero della conoscenza. Da allora la Germania guglielmina gli apparve tutt'altro che paradisiaca e parlò della «vertigine da cosiddetta monarchia sociale»; egli seguì con molta preoccupazione come cerchie autorevoli chiedessero che «anche nella politica sociale ci fosse un'*ultima ratio*: polvere e piombo»[35].

[33] R. LUXEMBURG, *Sozialreform oder Revolution* [1899], prefazione, ora in R. LUXEMBURG, *Gesammelte Werke*, I/1, Berlin 1974³, p. 369.

[34] *Ibidem*, aggiunta alla II edizione (1908); *ibidem*, p. 400.

[35] Cit. in W.J. MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920*, Tübingen 1974², p. 109.

## III.

Questa prognosi era tutt'altro che irrealistica. Se anche la terza fase della nostra storia concettuale non cominciò con polvere e piombo per la socialdemocrazia nel suo insieme, ciò fu pur sempre il caso di Rosa Luxemburg e di alcuni altri propugnatori della rivoluzione.

Il principale evento del 1918-19 per la politica sociale consistette nel fatto che ormai il movimento operaio si era inserito nei posti di comando da cui si decideva su questioni distributive, e cioè anzitutto al governo e nella *Zentralarbeitsgemeinschaft*, cioè nella commissione nazionale di accordo tra sindacati e imprenditori, creata nel novembre del 1918. In questo modo aveva trovato soluzione, almeno dal punto di vista istituzionale, il problema dell'integrazione dei lavoratori nello Stato. Da qui in poi le conquiste di politica sociale non furono più date attraverso concessioni dall'alto che i riformatori sociali borghesi avevano ottenuto con la loro lotta, ma furono invece il prodotto di contrattazioni tra due o più parti.

Come reagirono i tre gruppi a questo sensazionale spostamento dei rapporti di forza e che significato esso ebbe per la storia del concetto 'riforma sociale'? La risposta a questo interrogativo mette a nudo quanto pesante fosse ancora per tutte le *élites*, compresa la socialdemocrazia, il peso dell'eredità dell'Impero ormai tramontato.

Quella che si potrebbe chiamare la scissione del movimento operaio in riformatori sociali e social-rivoluzionari, scissione subentrata nel periodo bellico, si approfondì fino a diventare una rottura non più componibile. Già nel 1916 i sindacati liberi avevano aderito alla «Gesellschaft für soziale Reform» e dopo il crollo si compì senza attrito il «passaggio della socialdemocrazia alle vie e ai fini della riforma sociale»[36].

[36] Così il giudizio di L. PRELLER nella sua *Sozialpolitik in der Weimarer Republik*, rist. Kronberg/Ts., Düsseldorf 1978, p. 179.

Per il nostro concetto-chiave, da sempre oggetto di disputa tra la SPD e i borghesi, questo processo non portò però alcun alleggerimento. Tutta la zavorra di riserve nei suoi confronti cambiò semplicemente fronte e determinò a segni rovesciati il dibattito successivo.

Ci vollero tuttavia pochi anni fino a che fu registrato il processo di scambio. Nel gennaio 1919 la «Gesellschaft für Soziale Reform» dibatté il «Futuro della riforma sociale» e in particolare Sombart cercò di chiarire ai suoi colleghi che la riforma sociale tradizionale era «figlia legittima del manchesterismo» e che perciò era tramontata con esso[37]. Il monito fu però vano. Nel 1920 l'organo della «Gesellschaft», la «Soziale Praxis», annunciava ancora del tutto fiduciosa: «Le rivoluzioni vanno e vengono, la grande idea della riforma sociale resta»[38]. Anche la nuova edizione riveduta, che apparve qualche tempo dopo, del più importante testo di politica sociale, l'*Arbeiterfrage* in due volumi di Heinrich Herkner, si serviva ancora del tradizionale apparato concettuale. Il quadro tracciato dall'ordinario berlinese e successore alla cattedra di Schmoller era ancora del tutto quello vecchio: sulla confusione della lotta di classe si libra, senza obblighi di partito, il riformatore esperto. «Dato che il sistema dell'economia privata non è in grado di realizzare sempre e ovunque con la propria forza l'interesse generale, si rende necessaria la riforma sociale»[39].

Solo quando sull'onda dell'inflazione i sindacati si opposero con veemenza all'abbattimento delle conquiste di politica sociale, e quando improvvisamente ad essere, o meglio a sembrare, sulla difensiva non furono più i prestatori ma i datori di lavoro, si notò che non esistevano più le premesse

[37] W. SOMBART, *Die Zukunft der Sozialreform. Koalitionsrecht – Tarifrecht. Bericht über die Verhandlungen der außerordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft für soziale Reform in Berlin am 29. und 30. Januar 1919*, Jena 1919, p. 24.

[38] «Soziale Praxis», 29, 1920, col. 563.

[39] H. HERKNER, *Die Arbeiterfrage. Eine Einführung*, I, Berlin-Leipzig 1922[8], p. 84.

per la 'riforma sociale' in senso tradizionale. In questa «crisi di fede»[40] i riformatori sociali borghesi si spaccarono nuovamente. Una minoranza riconobbe quanto il termine 'riforma sociale' fosse diventato un concetto di parte, che nascondeva questa sua natura dietro la facciata dell'etica della responsabilità. Coerentemente con questa sua presa d'atto questa minoranza constatò il «crollo del socialismo della cattedra»[41] e cambiò campo. La maggioranza invece rifiutò di adeguarsi. Il suo portavoce Herkner cominciò ad attaccare il «sindacalista ebbro di potere» e lamentò che gli operai fossero «diventati senza ideali, avidi di profitto, piccoli *bourgeois*»[42]. Fintantoché non si fosse accettato che «la politica economica e la politica sociale non erano due campi separati l'uno dall'altro, e che invece costituivano un'unità completamente integrata»[43], non rimarrebbe nient'altro da fare che parlare di «crisi della politica sociale»[44].

Questo fu però un errore istruttivo. Perché la crisi non toccava il piano della politica, ma piuttosto quello teorico e concettuale. Questo è ciò che ha messo in luce la storia dei concetti. Alla fine di questa terza sezione è perciò opportuno fermarsi a fare un bilancio. Il primo risultato parziale dell'indagine fin qui condotta è evidente: per ben ottant'anni il termine non muta, 'riforma sociale' non ha per così dire alcuna storia, rimane identica a se stessa. Ciò significa che essa per tutto questo tempo non ha mai abbandonato la sua

[40] Cit. in G. SCHULZ, *Bürgerliche Sozialreform in der Weimarer Republik*, in R. VOM BRUCH, *Weder Kommunismus noch Kapitalismus*, cit., p. 194.

[41] F. TÖNNIES, *Sozialreform ehedem und heute*, in «Soziale Praxis», 32, 1923, col. 659.

[42] H. HERKNER, *Sozialpolitische Wandlungen in der wissenschaftlichen Nationalökonomie*, in «Der Arbeitgeber», 13, 1923, n. 3, p. 35. Già il luogo della pubblicazione di questo articolo indicava chiaramente il cambio di rotta.

[43] H. HERKNER, *Unbestrittene und bestrittene Sozialpolitik*, in «Schmollers Jahrhbuch», 48, 1924, p. 216.

[44] Herkner negava di parlare di una «crisi della politica sociale», che tuttavia diventò lo slogan più noto in quel dibattito. Si veda a tale riguardo L. VON WIESE, *Sozialpolitik*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Jena 1926[4], pp. 620 ss.

impronta coniata nella prima fase dell'industrializzazione, e cioè benessere individuale o, per dirla con le parole di Herkner, «migliore alimentazione, più tempo libero, più opportunità di educazione e formazione culturale» per stimolare l'«ascesa degli elementi dotati»[45].

Il secondo risultato parziale cerca di chiarire questo fatto. L'interrogativo è: perché il concetto fu così immobile? Ora, l'apparentemente paradossale non-riformabilità del termine 'riforma sociale' rinvia ad un problema centrale della storia tedesca nel XIX e nel XX secolo. Una opinione assai diffusa afferma che nella gabbia di una *Verfassung* immobile, la cosiddetta 'monarchia costituzionale', era stata inserita a forza una borghesia in ascesa che non è riuscita a liberarsi da essa. La storia dei concetti, che registra anzitutto l'ordine dei valori delle *élites*, invita però a questo proposito alla cautela. Proprio il lemma 'riforma sociale' documenta come questa stessa borghesia sia stata sorprendentemente immobile nel suo ordine di valori. Né l'industrializzazione, né l'ascesa del movimento operaio, né infine lo sviluppo delle scienze sociali hanno riempito il vecchio concetto di nuovi contenuti. Esso rimase parte integrante del linguaggio carico di ideologia degli anni '40 in cui si dibatteva preferibilmente sui principi – a destra come a sinistra, di modo che il centro si è continuamente spezzato. 'Riforma sociale' è così un caso esemplare di un concetto su cui si discusse tanto, mentre ci si sarebbe aspettati un utilizzo pragmatico del medesimo.

## IV.

Ma la storia del concetto non è ancora giunta al termine. Proprio il suo quarto e ultimo periodo fornisce la prova per la tesi secondo cui gli strati sociali portanti della monarchia costituzionale dovettero lasciare il campo prima che il con-

[45] H. HERKNER, *Die Arbeiterfrage*, cit., p. 63. Cfr. dello stesso autore *Sozialreform und Politik*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 51, 1895, p. 584.

cetto di 'riforma sociale' potesse essere dinamicizzato, adeguato cioè alle mutate condizioni storiche.

Le spinte in questa direzione vennero da una parte che, non a caso, non apparteneva ai gruppi dominanti nell'Impero, né alla loro controparte socialdemocratica, e che dunque non aveva niente a che vedere con la «riforma cristiano-sociale secondo lo spirito evangelico»[46]. Ciò a cui qui si fa riferimento è la dottrina sociale cattolica.

Questa sosteneva una concezione del tutto diversa. Essa non intendeva la questione degli imperativi morali all'interno dell'ordinamento economico in relazione al solo ambito del conflitto tra capitale e lavoro – essi non dovevano essere subordinati «né all'opportunità né alla benevolenza», affermava, non senza frecciate, il barone von Hertling nel 1893 –, ma poneva alla base di essa la «determinazione del diritto naturale», per giudicare, a partire da qui, «la legittimità o l'inammissibilità delle richieste socialiste o dei riformatori sociali». In questo modo si era raggiunto un punto di partenza da cui era possibile sin dall'inizio, nel momento in cui si ponevano al centro «i naturali diritti di libertà della persona e la sacralità della famiglia», vedere la questione sociale e la riforma sociale in una dimensione del tutto diversa, e dove accanto al catalogo classico della tutela degli operai si enumeravano anche le misure necessarie alla «conservazione del ceto medio»[47].

Leone XIII, invece, due anni prima non aveva chiesto niente di più di quanto chiedevano i riformatori sociali borghesi, e cioè la sproletarizzazione degli operai dell'industria. Mentre però il Vaticano si dimostrò straordinariamente capace di apprendere e passo dopo passo eresse la riforma sociale della dottrina sociale cattolica tedesca a posizione ufficiale

[46] L'aggettivo 'evangelico' corrisponde in tedesco a 'protestante', non all'aggettivo 'biblico'. La citazione si trova nelle *Verhandlungen des 1. Evangelisch-sozialen Kongresses*, Berlin 1890, p. 6. Cfr. l'interessante commento di A. VON HARNACK, *Der evangelisch-soziale Congreß zu Berlin*, in «Preußische Jahrbücher», 65, 1890, pp. 566-576.

[47] G. Frhr. VON HERTLING, *Naturrecht und Socialpolitik*, Köln 1893, pp. 7, 22, 71.

della Chiesa, i riformatori sociali borghesi, data la loro immagine del mondo completamente diversa, rimasero inflessibili. Mentre essi dopo la Prima guerra mondiale lamentavano la «crisi della politica sociale», un Johannes Messner dava voce ad una nuova speranza: «La crisi della politica sociale fa riemergere con maggior forza l'idea della riforma sociale e consente di pensare nuovamente a quelle forze e a quegli ordini sociali, che non sono già Stato», assicurava nel 1931, l'anno della seconda enciclica sociale, *Quadragesimo anno*[48]. La dottrina sociale cattolica si trovava in quel periodo nel suo momento di maggiore sviluppo. Dietro lo stimolo della crisi economica mondiale essa presentò agli inizi degli anni '30 il suo piano per superare il capitalismo tradizionale. Tale piano fu definito con il termine 'riforma sociale' ed è così che abbiamo a che fare con un concetto completamente nuovo. Il termine, ormai logoro, nel momento in cui si orienta alla società nel suo insieme e prende atto della sua dinamica, si carica così di una dimensione prospettica aperta verso il futuro fin qui impensabile. A determinare la direzione non è più il politico ma la società stessa, vale a dire la sua specifica evoluzione. «La profilantesi riforma sociale», di cui parla Theodor Brauer[49], annuncia, già solo con l'impiego del -si riflessivo, l'autonomia del processo che lo Stato, con la sua legislazione, deve rispettare in avvenire. In questo modo il rapporto tra politica sociale e riforma sociale viene rovesciato; la politica non è più una dichiarazione di intenti inventata a tavolino e contrattata nei ministeri o nei parlamenti, ma svolge piuttosto solo un ruolo ausiliario rispetto al compiersi del grande evento della 'riforma sociale' che coinvolge la società nel suo insieme. Oppure, per dirla con Paul Jostock, «la politica sociale si accontenta di rammendare l'ordinamento sociale, la riforma sociale invece ne persegue la ricostruzione»[50].

[48] J. MESSNER, *Zum Begriff der sozialen Gerechtigkeit*, in *Die soziale Frage und der Katholizismus. Festschrift zum 40jährigen Jubiläum der Enzyklika «Rerum novarum»*, Paderborn 1931, p. 423.

[49] Th. BAUER, *Sozialpolitik und Sozialreform*, Jena 1931, p. 92.

[50] P. JOSTOCK, *Grundzüge der Soziallehre und der Sozialreform*, Freiburg 1946, pp. 147 s.

A questo capovolgimento dell'ordine di grandezza gli scienziati sociali cattolici si attennero anche dopo il 1945 – in un primo momento in ogni caso. La collaborazione di grande capitale e nazionalsocialismo li indusse, non meno dei sindacati e della SPD, a invocare una svolta radicale, la «rifondazione dell'ordinamento sociale (*Volksordunug*)»[51]. A ciò si opponevano però due cose. In primo luogo il fatto che un nuovo 'ordinamento sociale' stava già sorgendo dopo Stalingrado, tuttavia incomparabilmente più moderno dei progetti cetual-professionali dei cattolici e della società di classe delle sinistre, modelli questi entrambi nel frattempo largamente invecchiati. In secondo luogo il programma dell'Economia Sociale di Mercato imposto definitivamente nel 1949, programma che dalla politica sociale esigeva un «cambiamento basilare»[52] in direzione della «politica sociale orientata all'economia di mercato» (*marktwirtschaftliche Gesellschaftspolitik*)[53].

È perciò difficile decidere cosa spinse Konrad Adenauer ad annunciare nella sua dichiarazione di governo del 20 ottobre 1953 una «riforma sociale complessiva»[54]. Era mera abitudine, era una concessione verbale alle commissioni sociali, era il segno del logorio, osservabile ovunque, dell'avito termine? Ad ogni modo ebbe subito inizio un tiro alla fune per l'occupazione di questo concetto: il DGB [la Confederazione sindacale] intendeva con esso cogestione, il movimento operaio cattolico comproprietà. Entrambi intendevano dunque 'riforma sociale' come via per superare l'opposizione di

[51] J. MESSNER, *Die soziale Frage*, Innsbruck 1964$^7$, p. 23.

[52] A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* [1946], ora in A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg 1966, p. 133.

[53] A. MÜLLER-ARMACK, *Die zweite Phase der sozialen Marktwirtschaft* [1960], *ibidem*, p. 307.

[54] H.-U. BEHN (ed), *Die Regierungserklärungen der Bundesrepublik Deutschland*, München – Wien 1971, p. 40. Quanto segue secondo H.-G. HOCKERTS, *Sozialpolitische Entscheidungen im Nachkriegsdeutschland. Alliierte und deutsche Sozialversicherungspolitik 1945-1957*, Stuttgart 1980, pp. 237 ss.

capitale e lavoro su vasta scala e con la partecipazione degli interessati. Questo era meno di quanto i teorici avevano progettato venti anni prima, ma più di quanto perseguito dal governo federale. Ad imporsi fu tuttavia l'uso linguistico ufficiale governativo che usava 'riforma sociale' come sinonimo di «riforma delle prestazioni sociali» (*Sozialleistungsreform*). Adenauer pensava costantemente alle prossime elezioni. E così, anziché la 'grande riforma' del sistema bismarckiano perseguita originariamente, si ebbe la riforma pensionistica, che fruttò agli interessati una pensione di vecchiaia adeguata al costo reale della vita e alla CDU in compenso la vittoria elettorale.

Ciò che impresse a questo processo il suo profondo significato fu la circostanza che attraverso esso la formula della 'riforma sociale' divenne uno dei concetti fondamentali del confronto politico degli anni '50. Da qui in poi nessun partito poteva rischiare di farcela senza di esso, e così non era più il termine e nemmeno la sua portata ad essere oggetto di contrasti, ma piuttosto semmai, data la limitatezza dei mezzi finanziari, la sua priorità.

Quello che si usava non era però più il vecchio concetto ma solo per così dire il suo guscio, che conteneva una formula vuota con cui a seconda delle necessità ci si rivolgeva ai pensionati o agli studenti, ai disoccupati o ai malati, in ogni caso tuttavia ai cittadini come contribuenti fiscali o versatori di contributi, in altre parole all'intera società. Ben presto fece la sua comparsa un sostituto terminologico che si accinse ad assumere l'eredità del termine 'riforma sociale': «politica sociale» (*Gesellschaftspolitik*). Dietro a questo processo vi è però assai più che un semplice scambio di termini. È la concezione che è radicalmente mutata. 'Riforma sociale' è un concetto del XIX secolo, creato da *élites* borghesi. Il movimento operaio e la dottrina sociale cattolica l'hanno assunto, certamente solo limitatamente o come specifica variazione del loro programma. Quando questi tre orientamenti si oppongono al suo dissolvimento e fondono insieme i suoi resti, perché la situazione sociale è radicalmente cambiata, accade l'inevitabile: il concetto scompare, ed esso vie-

ne soppiantato da un altro, la cui origine da una scuola abituata a pensare per connessioni ordinamentali all'intera società, corrisponde perfettamente sul piano semantico alla dimensione del mutamento sociale. Nel momento della scomparsa perciò 'riforma sociale' si smaschera per ciò che essa è stata fin dall'inizio: un concetto di lotta. La sua «componente filosofico-storica»[55] non era volta tanto al consenso quanto piuttosto alla profilassi della rivoluzione. Solo ora, dopo la scomparsa della minaccia rivoluzionaria, anche questo scopo poteva scomparire. La 'riforma sociale' degli strateghi del benessere guidati dall'etica escono di scena, e fanno la loro comparsa i tecnocrati dello Stato assistenziale: da questo momento in poi essi faranno *Gesellschaftspolitik*.

[55] Così C. ZIMMERMANN, *Reform*, in J. RITTER-K. GRÜNDER (edd), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, VIII, Stuttgart - Basel (in corso di stampa).

*Sezione quarta*

# Opinione pubblica e interesse pubblico

# Il concetto di «opinione pubblica» nelle scienze politiche e giuridiche dell'Ottocento tedesco

di *Claudio Tommasi*

## 1. *Strutture carenti*

In un saggio del 1846, passando in rapida rassegna i sistemi rappresentativi inglese, francese e degli Stati tedeschi, Robert von Mohl notava come, per questi ultimi, fosse decisiva l'assenza di due requisiti fondamentali, quali la piena indipendenza dall'esterno e una forte opinione pubblica[1]. Limitati nella loro sovranità dal vincolo confederativo, gli Stati tedeschi presentavano, all'interno, una sorta di dualismo rigido e non perequato fra i due organi costituzionali più importanti: la monarchia e la «rappresentanza per ceti». Questa forma di governo «a monarchia limitata» denunciava molti inconvenienti. L'organo parlamentare, incaricato di cooperare alla stesura delle leggi e di esercitare altri poteri – approvazione delle imposte, verifica del bilancio, denuncia dei funzionari per illecito costituzionale, ecc. –, era però escluso dalla scelta sia dei ministri che degli indirizzi politici di governo: non poteva insomma interferire, come istanza decisionale, negli affari amministrativi, anche se di estrema importanza per la società. La sua azione tendeva così a pietrificarsi in un'opposizione angusta quanto sterile sulle questioni fiscali e finanziarie, mentre la vita politica, nell'insieme, appariva segnata da lungaggini e condizionamenti, che si traducevano in un malcontento diffuso e in una generale incertezza delle prospettive individuali.

[1] Cfr. R. von MOHL, *Über die verschiedene Auffassung des repräsentativen Systemes in England, Frankreich und Deutschland*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», III, 1846, pp. 451-495, in part. p. 475.

Simili lacune, secondo Mohl, potevano trovare un valido correttivo in un'opinione pubblica energica e organizzata che, oltre a sostenere le iniziative dei deputati, fornisse loro la necessaria cassa di risonanza. Ma all'interno di Stati piccoli, solo parzialmente autonomi e con la stampa sottoposta a severa censura, era arduo sperare in un'eventualità del genere. Mentre in Inghilterra e in Francia i problemi politici erano oggetto di dibattiti che coinvolgevano sia le *élites* dell'economia e della cultura, sia, all'occorrenza, le grandi masse, in Germania essi sortivano l'effetto di «una tempesta in un bicchier d'acqua», poiché qui: «Non si conoscono né i rapporti, né le persone: dalle decisioni non si ricava alcun utile e vantaggio immediato e pertanto le si considera come cosa estranea»[2].

Anche le questioni più urgenti, che pure rimbalzavano da una camera all'altra delle varie diete, tendevano a sollevare solo episodici clamori, per poi esaurirsi in chiacchiere senza seguito né costrutto: «i frammenti dell'opinione pubblica si formano e crescono isolatamente, dunque in modo debole e inefficace; ne risulta un quadro d'insieme pietoso e niente affatto incoraggiante»[3].

Il «federalismo» – in quanto particolarismo statale – e l'impoliticità dei cittadini erano per Mohl due tare nazionali quasi congenite, retaggio di un passato dalle cui spire il sistema rappresentativo sembrava incapace di liberarsi. Alla scarsa partecipazione dal basso faceva da correlato la preponderanza dell'elemento burocratico che, pur ostacolata in vario modo dai ceti privilegiati, dalle corporazioni economiche più influenti e dalle Chiese, si poneva quale: «espressione esuberante dell'idea di Stato, che si realizza tramite un organismo di funzionari di professione, composto da numerosi membri, per lo più ripartiti in varie istanze mediane»[4].

[2] *Ibidem*, p. 476.

[3] *Ibidem*, p. 477.

[4] Cfr. R. VON MOHL, *Über Bureaukratie*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», III, 1846, pp. 330-364, in part. pp. 340-341.

Propagandosi a raggiera, l'amministrazione statale penetrava a fondo le fibre della società e, coi propri uomini, ne perfezionava il controllo. Anche qui il confronto con l'Inghilterra era quanto mai istruttivo, dato che in quel paese gli affari pubblici solo in minima parte competevano a funzionari stipendiati, mentre, per il resto, erano affidati alle cure di una pletora di «servitori onorari» (giudici di pace, sceriffi di contea, commissari alla previdenza, ispettori alle acque e ai canali ecc.)[5]. Il *self-government* britannico appariva, in questo senso, un ideale remoto: un modello tanto più invidiabile, quanto alieno alle possibilità e ai limiti della situazione tedesca. D'altronde, se alle volte la burocrazia si macchiava d'illeciti, violando la sfera privata dei cittadini, e se allo Stato spettava rimediare in caso di reclamo, è vero che mezzi utili a questo scopo potevano essere reperiti dalle persone stesse. Accanto ai ricorsi, ammessi per legge, esse avrebbero potuto sviluppare lo strumento delle «libere associazioni», col quale farsi carico direttamente di compiti di pubblica utilità. In questo modo si sarebbe «aiutato» lo Stato e posto nel contempo le basi di un'emancipazione dalla sua tutela[6].

Agli occhi di Mohl, le libere associazioni parevano offrire la soluzione più idonea al problema della crescita della società civile e del suo decollo politico. Ridestando lo «spirito pubblico», quale «nemico più diretto della burocrazia»[7], esse avrebbero potuto permettere l'espressione e l'affermazione di interessi nuovi, di portata sia individuale che collettiva. La loro azione, costante e concertata, sarebbe stata di sup-

[5] Su questo punto si veda anche R. von MOHL, *Neuere Schriften über englisches Staatsrecht*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», V, 1848, pp. 90-137, in part. p. 93.

[6] «È dunque assai legittimo il convincimento che, in più di uno Stato tedesco, viene affermandosi a poco a poco, nelle associazioni agricole, nelle società previdenziali ecc., secondo cui queste ultime esprimono un tangibile rifiuto nei riguardi di ogni prelazione concessa ai funzionari e delle preferenze di cui beneficia la loro attività. È tempo ormai di muoversi in aiuto dello Stato e dei suoi organi, ovunque se ne avverta il bisogno...» (cfr. R. von MOHL, *Über Bureaukratie*, cit., pp. 359-360).

[7] *Ibidem*, p. 361.

porto alle iniziative dei parlamentari, così riequilibrando politicamente il rapporto fra governo monarchico e rappresentanza per ceti: all'occorrenza essa poteva trovare in loro persino alleati preziosi coi quali colmare, in sede legislativa, il *gap* esistente fra gli obiettivi statali e le aspettative dei singoli.

L'opinione pubblica, nella prospettiva di Mohl, appariva così un elemento indispensabile della «costituzione materiale», scaturente da un tessuto associativo assai sviluppato e perciò in grado di coagulare e dar forma a nuove opzioni d'interesse. Queste ultime, ponendosi o meno in concorrenza con le direttive dei governi, avrebbero anche potuto assumere un rilievo nazionale, tanto da oltrepassare, coi loro effetti, le anguste barriere della *Kleinstaaterei*. In breve, l'opinione pubblica, come prodotto di forze organizzate in una società in trasformazione, doveva essere l'autorità ideale, capace d'infrangere gli ostacoli che derivavano alla nazione tedesca tanto dal frazionamento interno, quanto dalla presenza di sistemi politici scarsamente connotati in senso liberale. Sotto questo aspetto gli auspici di Mohl parevano confortati da una realtà non del tutto sfavorevole.

Studi ancor recenti hanno evidenziato come negli ultimi anni del XVIII secolo e durante il *Vormärz* i *freiwillige Vereine* siano stati in Germania il mezzo più valido con cui la società civile seppe, da un lato, contrapporsi all'autoritarismo statale e trasformarsi, dall'altro, recependo le istanze politiche, economiche e culturali, che erano il portato dei tempi nuovi[8]. Accanto alle finalità culturali, ricreative o fi-

[8] A questo riguardo, si rinvia principalmente a W. BOLDT, *Die Württembergischen Volksvereine von 1848 bis 1852*, Stuttgart 1970; O. DANN, *Die Anfänge politischer Vereinsbildung in Deutschland*, in *Soziale Bewegung und politische Verfassung. Beiträge zur Geschichte der modernen Welt*, hrsg. von U. ENGELHARDT-V. SELLIN-U. STUKE, Stuttgart 1976, pp. 197-232; Th. NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert. Eine Fallstudie zur Modernisierung*, in dello stesso, *Gesellschaft, Kultur, Theorie. Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte*, Göttingen 1976, pp. 174-205; W. HARDTWIG, *Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen des Vereinswesens in Deutschland 1789-1848*, in *Vereinswesen und bürgerliche Gesellschaft in Deutschland* («Hi-

lantropiche assunte inizialmente, i *Vereine* maturarono, agli esordi dell'Ottocento, un carattere più marcatamente politico: prima in forme discrete, come i salotti o i *club* riservati, ai quali aderivano anche esponenti dell'alta burocrazia[9], e poi, all'indomani della rivoluzione del luglio 1830, in modo sempre più aperto e con programmi radicali[10]. La loro peculiarità di corpi rappresentativi o di «rappresentanze d'interessi» venne delineandosi più nettamente durante gli anni '40, con l'insorgere della questione sociale. Su questa scia anche la loro azione prese ad esercitarsi al di fuori della sfera locale, attraverso una fitta rete di collegamenti estesa all'intero territorio tedesco[11].

Per gli obiettivi di questo studio, un discorso a parte merita poi il problema della stampa e della circolazione delle idee. Già le indagini di Hans H. Gerth[12] hanno dimostrato come lo sviluppo dell'editoria tedesca, sul finire del Settecento, sia stato all'origine di importanti fenomeni: dalla proliferazione delle «società di lettura»[13], alla diffusione di dottrine

storische Zietschrift», Beiheft 9), hrsg. von O. DANN, München 1984, pp. 11-50; D. LANGEWIESCHE, *Vereins- und Parteibildung in der Revolution 1848-49. Ein Diskussionsbeitrag*, *ibidem*, pp. 51-53.

[9] Si veda, in particolare, W. HARDTWIG, *Politische Gesellschaft und Verein zwischen aufgeklärtem Absolutismus und der Grundrechtserklärung der Frankfurter Paulskirche*, in *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, hrsg. von G. BIRTSCH, Göttingen 1981, pp. 336-358, in part. pp. 350-351.

[10] Anche qui si rinvia ad esempio a C. FOERSTER, *Der Press- und Vaterlandsverein von 1832/33. Sozialstruktur und Organisationsverhalten der bürgerlichen Bewegung in der Zeit des Hambacher Festes*, Trier 1982.

[11] Ciò, anche se va detto che durante il *Vormärz* tale azione sovraregionale non dette esiti di particolare rilievo. Cfr. H. BEST, *Interessenpolitik und nationale Integration 1848/49. Handelspolitische Konflikte im frühindustriellen Deutschland*, Göttingen 1980, in part. pp. 81-105.

[12] Cfr. H.H. GERTH, *Bürgerliche Intelligenz um 1800. Zur Soziologie des deutschen Frühliberalismus*, hrsg. von U. HERRMANN, Göttingen 1976, pp. 61-71.

[13] Si veda ancora O. DANN, *Die Lesegesellschaften des 18. Jahrhunderts und der gesellschaftliche Aufbruch des deutschen Bürgertums*, in *Buch und Leser*, hrsg. von H.G. GÖPFERT, Hamburg 1977, pp. 160 ss.

liberali, tanto fra gli studiosi, quanto fra i funzionari statali[14] e fra i membri di altre categorie. Agli «ebdomadari morali», che per tradizione circolavano soprattutto in ambiente pietistico[15], si affiancarono via via quotidiani e riviste che, sotto la direzione di esponenti insigni della cultura[16], si rivolgevano a un pubblico più vasto e provvisto d'istruzione. Nel periodo 1812-1819 essi assunsero anche un forte connotato patriottico. La previsione avanzata da Georg Foster, nel 1791, secondo cui l'opinione pubblica poteva ormai essere forgiata a mezzo stampa[17], non era affatto avulsa dalla realtà: si consideri, ad esempio, che nel periodo 1793-1803 il numero delle librerie tedesche raggiunse quota 500, con un incremento del 25%, e crebbe poi a 859 negli anni fra il 1816 e il 1830[18].

A una simile crescita un freno determinante fu imposto dalla legge sulla stampa, emanata dalla conferenza interministeriale di Karlsbad il 20 settembre 1819[19]. Assieme alle altre

[14] Sul liberalismo dei funzionari, limitatamente al caso prussiano, si vedano almeno Th. WINKLER, *Johann Gottfried Frey und die Entstehung der preussischen Selbstverwaltung*, Stuttgart 1936, e W. HUBATSCH, *Stein und die Ostpreussischen Liberalen*, in dello stesso, *Stein-Studien*, Köln-Berlin 1975, pp. 64-85.

[15] Su di essi si veda principalmente W. MARTENS, *Die Botschaft der Tugend. Die Aufklärung im Spiegel der deutschen Moralischen Wochenschriften*, Stuttgart 1968.

[16] Per non ricordare che i più noti: la «Allgemeine Deutsche Bibliothek» di Friedrich Nicolai (1785 ss.); il «Teutscher Merkur» di Christoph Martin Wieland (1773 ss.); «Die Horen» e i «Propyläen» di Goethe e Schiller (risp. 1795-97 e 1798-1800); l'«Athenäum» dei fratelli Schlegel (1799-1801); le «Staats-Anzeigen» di Schlözer (1776-1783).

[17] Citato in H.H. GERTH, *Bürgerliche Intelligenz um 1800*, cit., p. 61.

[18] *Ibidem*, p. 65.

[19] La legge imponeva l'autorizzazione preventiva dell'autorità statale a tutti i giornali e i periodici di formato non superiore alle 20 pagine (art. 1). Per tutte le altre pubblicazioni era prevista una regolamentazione autonoma da parte di ogni Stato confederato le cui autorità, peraltro, erano responsabili della sorveglianza su tutta l'attività editoriale all'interno del *Bund* (art. 6). Per il testo della legge cfr. *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, hrsg. von E.R. HUBER, I, Stuttgart 1961, n. 32.

due leggi, riguardanti le università e le commissioni d'inchiesta sui movimenti rivoluzionari[20], essa dette corpo al programma repressivo che i governi confederati avrebbero attuato negli anni seguenti, onde estirpare dalla Germania la malapianta della «demagogia». Benché il bersaglio principale fosse costituito dalle associazioni patriottiche studentesche (le *Burschenschaften*) e dai professori di fede «giacobina», gli effetti, gravemente lesivi delle libertà individuali e collettive, non tardarono a manifestarsi in ogni settore della società. Sottoposti a feroce censura, molti periodici, specie se di argomento politico, dovettero cessare le pubblicazioni[21]. Identico rigore venne usato per gli spettacoli teatrali[22], mentre i docenti e gli studenti sospettati di sedizione furono allontanati dalle università o costretti a piegarsi alla disciplina loro imposta da curatori e senati accademici[23]. Il duro regime repressivo fu un po' la fucina dalla quale, per reazione, avrebbe preso forma, nella sua composita fisionomia, il movimento liberale tedesco di primo Ottocento[24]. La libertà

[20] Per i testi cfr. *ibidem*, nn. 31 e 33.

[21] Tale fu il caso dei «Kieler Blätter» e di vari quotidiani di orientamento liberale. Sulla censura e la *Presspolitik* nella Germania di primo Ottocento, si veda K.H. SCHAEFER, *Ernst Moritz Arndt als politischer Publizist. Studien zu Publizistik, Presspolitik und kollektiven Bewusstsein im frühen 19. Jahrhundert*, Bonn 1974, pp. 38-77.

[22] Cfr. S. MELCHINGER, *Geschichte des politischen Theaters*, Berlin 1971, *passim*.

[23] Fra i docenti basti ricordare i casi di Ernst Moritz Arndt, sospeso dall'insegnamento di storia all'Università di Bonn nel 1819; di Heinrich Luden, costretto a piegarsi alla disciplina impostagli dal direttore del *Polizeidepartement* prussiano Kamptz, nel 1821, per non perdere il posto d'insegnante a Jena; di Friedrich Christoph Dahlmann, redattore dei «Kieler Blätter» e artefice, nel 1837-38, con altri sei docenti di Gottinga, di una protesta contro la condotta abusiva del duca Ernesto Augusto di Hannover, che valse loro la sospensione dall'insegnamento; di Karl von Rotteck e di Karl Theodor Welcker, sospesi dai rispettivi insegnamenti, a Friburgo, nel 1832, per aver fondato e diretto il periodico liberale «Der Freisinnige».

[24] Sul problema si vedano J.J. SHEENAN, *Liberalism and Society in Germany, 1815-1848*, in «Journal of Modern History», XLV, 1973, pp. 583-604, e i saggi contenuti in *Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz*, hrsg. von W. SCHIEDER, Göttingen 1983.

di stampa e d'espressione sarebbe stata uno dei suoi principali obiettivi unificanti.

Pur non bloccando il processo di formazione della nuova società civile, la censura e i controlli di polizia seppero ugualmente imporgli limiti e condizionamenti di vario tipo. Sintomo eloquente di questa parziale involuzione sono le invettive che Hegel, dall'alto del suo pulpito berlinese, rivolse contro la libertà di stampa, la quale, se definita «come la libertà di parlare e di scrivere ciò che si *vuole*, fa il paio col fatto di spacciare la libertà in generale, come la libertà *di fare ciò che si vuole*»[25]. A giudizio del filosofo, la partecipazione individuale alla vita pubblica (anche attraverso la stampa) poteva essere garantita direttamente solo dalle leggi in vigore (qualunque ne fosse il contenuto) e indirettamente dalla «razionalità della costituzione», dalla «stabilità del governo» e dalla «pubblicità delle assemblee delle classi», nel cui ambito «si mostra la conoscenza solida e formata intorno agli interessi dello Stato, e si tralascia di dire agli altri ciò che è meno significante, si toglie ad essi principalmente l'opinione, che siffatto parlare sia di importanza e di efficacia peculiare»[26].

In altri termini, la «libertà formale e soggettiva» poteva realizzarsi solo in sede parlamentare, non essendo fuori di questa che «opinione pubblica», ossia unione contraddittoria di universale e particolare, di eticità sostanziale e accidentalità di giudizio, di conoscenza vera e d'illazione. Incapace di discernere fra l'essenza e l'apparenza – e proprio per questo

[25] Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari 1974, § 319. All'influenza che le disposizioni di Karlsbad esercitarono sull'elaborazione di quest'opera dà cenno espressamente K.-H. ILTING, *Hegel diverso*, Bari 1977, pp. 55-81. Merita una menzione, in questo caso, la tesi sostenuta in W.R. BEYER, *Zwischen Phänomenologie und Logik. Hegel als Redacteur der Bamberger Zeitung*, Frankfurt am Main 1955, p. 172, secondo cui Hegel, nel periodo 1807-1808, lavorando a Bamberga come redattore della locale gazzetta, svolse un'attività politica di orientamento liberale che non fu ininfluente sull'elaborazione del suo sistema e che però, più tardi, sarebbe passata in secondo piano a vantaggio della nuova immagine di «professore impolitico».

[26] Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 319.

distinta dal «sapere scientifico» –, l'opinione pubblica meritava dunque «tanto di essere *stimata*, quanto di essere *disprezzata*»[27]. La sua antinomicità doveva già in sé impedirle di ingerirsi negli affari di Stato.

Un parere non molto diverso fu espresso da Ranke, nel 1832[28]. Ponendo più chiaramente l'accento sulla complessità della vita politica, egli si mostrava preoccupato per gli intralci che giudizi emessi da persone incompetenti o inesperte avrebbero potuto arrecare all'opera di governo. L'opinione pubblica era, a suo avviso, il prodotto «mediocre» delle discussioni che, sullo Stato e sui suoi compiti, stavano via via prendendo piede in «circoli ristretti» e coinvolgevano gli esponenti delle «classi medie della nazione»[29]. Costoro, impegnandosi in attività socialmente utili, entravano in contatto con la sfera pubblica e con alcuni suoi problemi, ma non giungevan mai a maturare della stessa una visione completa e totalizzante. Per questo, Ranke equiparava i portatori dell'«opinione pubblica» agli scienziati principianti, animati da ingenuo entusiasmo, lasciando intendere, per converso, che solo agli studiosi di professione era consentito interloquire validamente con gli uomini di governo.

L'immagine della conventicola di studiosi, autorizzati a discutere sui fondamenti dell'ordine sociale, a riassumerne le leggi naturali o storiche e ad elaborare teorie, che i governanti avrebbero almeno dovuto prendere in considerazione, era un residuo dell'epoca dell'«assolutismo illuminato»[30]. Anche Kant, riflettendo sull'«uso pubblico della ragione»[31],

[27] *Ibidem*, § 318.

[28] Cfr. L. von RANKE, *Die Theorie und die öffentliche Meinung in der Politik*, in «Historisch-politische Zeitschrift», I, 1832, pp. 482-511.

[29] *Ibidem*, p. 490.

[30] Valga per tutti il riferimento a L.S. MERCIER, *Notions claires sur les gouvernements*, Amsterdam 1787, p. VII, ove proprio agli studiosi era attribuito il compito di indicare ai sovrani quale *opinion publique* essi dovessero seguire.

[31] Cfr. I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*, in *Scritti di filosofia politica*, a cura di D. FAUCCI, Firenze 1967, pp. 25-37, in part. p. 30.

quale espressione più autentica della libertà, aveva assegnato al «pubblico ragionante» il compito di edurre i suoi lettori circa il fondamento universale e razionale delle leggi, onde la coercizione statale apparisse sempre legittima e l'obbedienza dei sudditi necessaria[32]. Ma a giudizio di Kant, la cerchia del «pubblico ragionante» doveva estendersi in corrispondenza dei progressi della ragione, e proprio perciò la libertà di pensiero e d'espressione gli era apparsa un bene irrinunciabile. Per Hegel e Ranke, questo aspetto passava invece in secondo piano dinanzi alla necessità di arginare un fenomeno ormai vistoso e gravido di rischi: l'ascesa di un nuovo ceto medio, che non si riconosceva più in organi rappresentativi ormai obsoleti e che, mediante le sue libere associazioni, puntava a guadagnar terreno sulla scena politica.

Si può infatti ritenere che, durante il *Vormärz*, il concetto di «opinione pubblica» abbia designato, in concreto, l'opposizione antigovernativa condotta fuori della sede parlamentare da una «borghesia» colta e intraprendente, cui stavano a cuore obiettivi quali l'unificazione tedesca e la conquista di più ampi diritti civili e politici. Memore forse delle lotte di cui era stato spettatore in quegli anni, Johann Caspar Bluntschli, ancora nel 1862, scriveva:

> «Nel momento in cui le classi medie rivolgono la loro attenzione agli affari pubblici e si formano un giudizio circa gli interessi politici, l'importanza dell'opinione pubblica cresce oltremisura, e quanto più influenti tali classi divengono, tanto più essa acquista in considerazione»[33].

Avendo quale limite esterno la «coscienza comunitaria della

[32] Si cfr. anche I. KANT, *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, *ibidem*, pp. 38-87, in part. p. 73 («Vi deve essere in ogni comunità un'*obbedienza*, mediante il meccanismo della costituzione, alle leggi coattive ... e, nel tempo stesso, vi deve essere uno *spirito di libertà*, per cui ognuno, in ciò che concerne i generali doveri dell'umanità, esige di essere razionalmente convinto che tale coazione è legittima...»).

[33] Cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Öffentliche Meinung*, in *Deutsches Staats-Wörterbuch*, hrsg. von J.C. BLUNTSCHLI-K. BRATER, VII, Stuttgart-Leipzig, pp. 345-347, in part. p. 347.

nazione», essa era espressione vitale della collettività e si manifestava nelle forme e nei luoghi più diversi: dal dialogo fra persone alle taverne, ai salotti, ai comizi d'ogni tipo e, soprattutto, alla stampa e agli organi parlamentari. Essa faceva insomma da sfondo alla concreta prassi di governo, non contribuendovi direttamente ma esercitando una costante azione di controllo.

Nei primi tempi, questa «opinione pubblica» aveva avuto, come contraltari, tanto il monopolio statale dell'informazione e del sapere, quanto il monopolio ecclesiastico della rivelazione. Christian Garve e Christoph Martin Wieland, alla fine del Settecento, l'avevano qualificata come comunanza di giudizio sulla natura e le finalità dello Stato, maturata autonomamente dai sudditi istruiti sulla scorta di esperienze e riflessioni individuali[34]. Una convergenza fra «opinione pubblica» e vedute dei governanti era dunque parsa decisiva per le sorti dello Stato, essendo le decisioni dei secondi pienamente legittimate solo dall'*imprimatur* morale della prima. Secondo Joseph von Sonnenfels,

> «L'opinione pubblica, in sé, non è una forza, o lo è solo in senso morale (ideale): essa però assicura a un governo giusto la vera energia, poiché aumenta il numero di coloro che in esso si riconoscono, essendone soddisfatti, e diminuisce il numero degli insofferenti. In questo modo, la forza morale acquista efficacia tramite l'energia fisica»[35].

[34] Cfr. Ch. GARVE, *Über die öffentliche Meinung*, in dello stesso, *Versuche über verschiedene Gegenstände aus der Moral, der Literatur und dem gesellschaftlichen Leben*, Halle 1802, V, pp. 291-334; Ch. M. WIELAND, *Gespräche unter vier Augen*, Leipzig 1799, pp. 304-346. Sulla protostoria del concetto di «opinione pubblica», cfr. R. MISCHKE, *Die Entstehung der öffentlichen Meinung im 18. Jahrhundert*, Diss. Jamburg 1958, in part. pp. 175-284; J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Bari 1988, pp. 111-126; R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese* (1959), Bologna 1972, *passim*; L. HOELSCHER, *Öffentlichkeit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, hsrg. von O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK, Stuttgart 1978, IV, pp. 413-467, in part. pp. 446-456; dello stesso, *Öffentlichkeit und Geheimnis. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit*, Stuttgart 1979, pp. 105-117.

[35] Cfr. J. von SONNENFELS, *Über öffentliche Sicherheit oder von der Sorg-*

Un analogo concetto, avente implicita la distinzione fra «opinione pubblica» buona e cattiva, ricorreva, durante l'epoca delle riforme e delle guerre di liberazione, nel pensiero dei più autorevoli esponenti della burocrazia prussiana (Stein, Hardenberg, Vincke, Humboldt). Anche per costoro, essa era una sorta di «consenso nazionale», che occorreva procurarsi con vari mezzi – dai nuovi organi rappresentativi e di autogoverno, alla liberalizzazione delle professioni e degli accessi alla carriere pubbliche –, onde far fronte sia alla lotta contro l'invasore francese, sia ai problemi della ricostruzione dello Stato[36]. Un'«opinione pubblica» buona – ossia, in linea con le direttive del governo – appariva dunque ai loro occhi quale obiettivo preliminare e strumento di una politica di riforme. Viceversa, già nel 1814, pur non concependo ancora un contrasto radicale fra gli indirizzi statali e le rivendicazioni della società, il patriota Joseph Görres indicava nella libera stampa il mezzo indispensabile, a un popolo sacrificatosi nella guerra antifrancese, per giungere a maturazione politica e impostare il confronto coi governanti[37].

Di fatto, la repressione avviata negli anni '20 rese tale confronto sempre meno praticabile. Agli occhi di conservatori come August von Kotzebue, l'«opinione pubblica» era solo il parto delle menti di «una mezza o un'intera dozzina di scrittori», le cui idee pretendevano a torto di riassumere e dar voce allo «spirito del tempo»[38]. Su altri versanti, mentre Joseph Albrecht Eichhorn deplorava la mancanza, in Prussia, di un organo rappresentativo capace di amplificare e rendere attiva la «voce dell'opinione pubblica»[39], Ernst Moritz

*falt, die Privatkräfte gegen die Kraft des Staats in einem untergeordneten Verhältnisse zu erhalten*, Wien 1817, § 182.

[36] Cfr. R. FLAD, *Der Begriff der öffentlichen Meinung bei Stein, Arndt und Humboldt*, Berlin-Leipzig 1929, in part. pp. 150-274.

[37] Cfr. J. GOERRES, *Die teutschen Zeitungen*, in «Rheinischer Merkur», LXXX, 1. Juli 1814.

[38] Citato in K.H. SCHAEFER, *Ernst Moritz Arndt als politischer Publizist*, cit., p. 35.

[39] Si veda la lettera di Eichhorn a Gneisenau del 4 luglio 1815, in *Aus der Zeit der Noth 1806 bis 1815. Schilderungen zur preussischen Geschichte*

Arndt indicava, in quest'ultima, il solo elemento utile a compensare e bilanciare il potere monarchico «per grazia di Dio»[40]. Il radicalismo nazional-democratico di Arndt, probabilmente, riecheggiava ancora nelle idee esposte, nel 1839, dal giurista Karl Salomo Zachariä, circa la costituzione rappresentativa, in quanto «dominio dell'opinione pubblica»[41]. Rifacendosi alla distinzione rousseauviana fra *volonté générale* e *volonté de tous*, egli separava l'«opinione pubblica» dall'«opinione della maggioranza» e assegnava alla seconda il potere decisionale, alla prima, invece, una funzione consultiva. Decidendo, però, la maggioranza parlamentare non avrebbe che reso operativi gli orientamenti generali dell'«opinione pubblica». Dunque quest'ultima, sorvegliando dall'esterno, si sarebbe posta come custode dei fondamenti ultimi della vita politica e civile.

Di questo passo non è difficile capire perché mai il liberalismo sudtedesco degli anni '40 considerasse l'opinione pubblica quale «anima autentica della nazione» e quale «condizione primaria dell'esistenza di un terreno giuridico sicuro per la collettività»[42]. Come metafora politica, essa agiva ormai su due piani diversi e però contigui, da un lato raccogliendo e rendendo omogenea la domanda di libertà costituzionali che da più parti s'elevava, dall'altro ponendosi quale «via mediana» nella tensione fra Stato e società civile, fra amministrazione burocratico-poliziesca e partecipazione popolare. Carl Theodor Welcker ne parlò persino come della «figlia» e del frutto «più pregiato» della *Oeffentlich-*

*aus dem brieflichen Nachlass des Feldmarschalls Neithardt von Gneisenau*, hrsg. von A. PICK, Leipzig 1900, p. 341.

[40] «La vostra [tedeschi] voce è voce di Dio, e come questa dev'essere ascoltata; la vostra opinione deve potersi esprimere e manifestare in modo chiaro e pubblico»: cfr. E.M. ARNDT, *Über öffentliche Meinung*, in «Neues Bürgerblatt», XC, 8 November 1814, p. 358.

[41] Cfr. K.S. ZACHARIAE, *Vierzig Bücher vom Staate*, Heidelberg 1839, III, p. 208. Sulla dotrina dello Stato di Zachariä, cfr. H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf 1975, pp. 215-232.

[42] Cfr. J.Ch. von ARETIN-K. von ROTTECK, *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, Leipzig 1840, III, p. 227.

*keit*[43]. A suo giudizio, essa si identificava nelle «idee, convinzioni e prospettive generali» della nazione circa gli oggetti di rilevanza pubblica: rapporti politici, diritti, doveri, bisogni e interessi. Nei sistemi rappresentativi essa fungeva inoltre da equivalente di concetti romanistici quali *consensus populi*, *consensus gentium*, *voluntas populi*, *vel suffragio vel rebus ipsis declarata*: designava, insomma, una volontà collettiva capace di emettere precetti etici e politici vincolanti per chiunque, compresi i monarchi[44]. Per potersi esprimere ed essere accolta tramite i canali consentiti dalla legge, l'opinione pubblica doveva poi disporre di strumenti e organi precisi, quali: *a*) il libero dialogo fra persone; *b*) la libera partecipazione a comizi pubblici e assemblee; *c*) la libera comunicazione scritta, mediante *d*) lettere, *e*) libri, *f*) stampa quotidiana e periodica; *g*) il diritto di petizione esteso a tutti i cittadini; *h*) il libero mandato parlamentare negli organi rappresentativi di Stato, province e comuni; *i*) la pubblicità dei processi e la partecipazione (almeno a quelli penali) dei cittadini, mediante le giurie popolari[45].

Anche per Welcker, come per Mohl, portatori dell'opinione pubblica erano soprattutto i *freiwillige Vereine*[46]. Sorti «spontaneamente» come raggruppamenti trasversali rispetto ai ceti *ancien régime*, essi prefiguravano, nell'insieme, il modello di società aperta, formata da proprietari e da persone istruite, che era negli auspici del movimento liberale. Al loro interno, in condizioni di uguaglianza e di libera partecipazione, il cittadino poteva formarsi alla mentalità e ai valori di un ceto medio in crescita sul piano sociale, e dunque in procinto di mutare a proprio vantaggio gli equilibri politici esistenti. Se questa trasformazione si risolse poi in esiti parziali e con-

[43] Cfr. C.Th. WELCKER, *Öffentlichkeit*, in *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, hrsg. von K. VON ROTTECK-C. WELCKER, Altona 1848², X, pp. 246-283, in part. p. 251.

[44] *Ibidem*.

[45] *Ibidem*, p. 257.

[46] Cfr. C.Th. WELCKER, *Association, Verein, Gesellschaft, Volksversammlung (Reden ans Volk und collective Petiotionen) Associationsrecht*, in *Das Staats-Lexikon*, cit., I, in part. pp. 723-725.

tradditori, ciò fu dovuto sia alla composizione, per nulla omogenea, di tale ceto medio, sia alla limitatezza delle sue prospettive politiche, sia alla scarsa evolutività della struttura dei *Vereine*, a fronte di impegni che avrebbero richiesto una maggior concentrazione di energie e un'organizzazione sempre più efficace e complessa. Aggregando categorie sociali anche assai diverse – docenti universitari, funzionari pubblici, giornalisti, artigiani, piccoli commercianti ecc. –, i *Vereine* seppero infatti operare validamente nella sfera locale su problemi e interessi specifici, ma non furono in grado di assicurare a livello statale, su questioni di più ampio rilievo, né una rappresentanza adeguata, né iniziative altrettanto proficue.

Non è un caso se la loro lotta contro la preponderanza dell'elemento burocratico mancasse di un supporto determinante, quale la critica radicale del sistema di potere e dei suoi pilastri costituzionali. La centralità del «principio monarchico» non fu mai in discussione[47], né si puntò a una riforma degli organi parlamentari che ne ampliasse le prerogative e permettesse loro di rispecchiare meglio le forze emergenti nella società[48]. Il divario fra rivendicazioni civili e politiche, fra periferia e centro, fra economia privata e pubblica, fra produzione e redistribuzione delle risorse venne altresì consolidandosi proprio per effetto di una strategia

[47] Sul carattere «transitorio», fra «principio monarchico» e «sovranità popolare», del costituzionalismo sudtedesco del *Vormärz*, cfr. H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, cit., pp. 279-280; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, hrsg. von E.W. BÖCKENFÖRDE, Königstein 1981, pp. 146-170; W. BOLDT, *Konstitutionelle Monarchie oder parlamentarische Demokratie. Die Auseinandersetzung um die deutsche Nationalversammlung in der Revolution von 1848*, in «Historische Zeitschrift», CCXVI, 1973, pp. 553-622.

[48] Su questo punto cfr. L. GALL, *Das Problem der parlamentarischen Opposition im deutschen Frühliberalismus*, in *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Festschrift für Th. Schieder*, hrsg. von K. KLUXEN-W. MOMMSEN, München-Wien 1968, pp. 153-170, e più in generale E. FRAENKEL, *Parlament und öffentliche Meinung*, in *Zur Geschichte und Problematik der Demokratie. Festgabe für Hans Herzfeld*, Berlin 1958, pp. 163-186.

fondata sulla rinuncia al controllo diretto delle istituzioni e sul mantenimento di una tensione solo esterna con le medesime.

Per colmare questa discrepanza si sarebbe reso necessario un tessuto connettivo più duttile, formato non dai *Vereine* ma da organizzazioni meno connotate in senso particolaristico. Viceversa, per il liberalismo del *Vormärz*, la coscienza «associativa» si dimostrò, alla lunga, un limite, non potendo o non volendo evolvere ad autentica coscienza «di partito»[49]. Anche nel 1848, quando, in seno all'Assemblea nazionale di Francoforte, videro la luce i primi partiti politici tedeschi, ciò accadde a seguito della fusione di vari *Vereine* in raggruppamenti maggiori, col fine di attuare una trasformazione «rivoluzionaria» dell'ordinamento federale. Ma le peculiarità di questa origine, come pure il fallimento di quei negoziati, impedirono che, anche in seguito, i partiti giungessero ad emanciparsi dai «milieux etico-sociali» da cui erano scaturiti: che cioè divenissero, prima o poi, qualcosa di diverso da meri «comitati esecutivi» di una società strutturata per corpi[50]. Questa carenza strutturale non permise

[49] Sull'evoluzione politica del liberalismo durante il *Vormärz*, oltre al saggio di Sheenan citato alla nota 24, si vedano: K.G. FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in «Der Staat», XIV, 1975, pp. 201-227; L. GALL, *Liberalismus und «bürgerliche Gesellschaft». Zu Charakter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland*, in *Liberalismus*, hrsg. von L. GALL, Köln 1976, pp. 162-186; K.H. WEGERT, *Ideologie und Aktion. Liberale Bewegung und Volkstradition in der Pfalz 1830-1834*, in *Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz*, cit., pp. 167-193; R. MUHS, *Zwischen Staatsreform und politischen Protest. Liberalismus in Sachsen zur Zeit des Hambacher Festes*, *ibidem*, pp. 194-238; E. FEHRENBACH, *Rheinischer Liberalismus und gesellschaftliche Verfassung*, *ibidem*, pp. 272-294.

[50] Qui si rinvia, principalmente, a M.R. LEPSIUS, *Parteisystem und Sozialstruktur: zum Problem der Demokratisierung der deutschen Gesellschaft*, in *Deutsche Parteien vor 1918*, hrsg. von G.A. RITTER, Köln 1973, pp. 56-80. Ma si vedano anche Th. NIPPERDEY, *Grundprobleme der deutschen Parteigeschichte im 19. Jahrhundert*, *ibidem*, pp. 32-55; W. BOLDT, *Die Anfänge des deutschen Parteiwesens. Fraktionen, politische Vereine und Parteien in der Revolution 1848. Darstellung und Dokumente*, Paderborn 1971, pp. 11-97; D. LANGEWIESCHE, *Die Anfänge der deutschen Parteien. Partei, Fraktion und Verein in der Revolution von 1848/49*, in

all'opinione pubblica tedesca di esprimere, se non in minima parte, le proprie potenzialità di rinnovamento politico. A tarparle le ali furono, da un lato, il legame indissolubile con interessi specifici e organizzati consociativamente, dall'altro, l'impossibilità di accedere a (o di influire più direttamente su di) una scena parlamentare ove tali interessi erano sempre meno rappresentati. L'esito «impolitico» cui si sarebbe approdati già durante gli anni '50 consisté dunque in uno scollamento evidente fra la *Kabinettspolitik* e la sua recezione nei diversi strati della società, fra un governo costituzionale non rappresentativo e un pluralismo corporato, sempre più propenso a cercare lungo canali extraparlamentare soluzioni adeguate per i propri problemi.

## 2. *Prussianesimo, scienza e opinione pubblica*

La critica che Heinrich von Treitschke rivolse, nel 1882, al liberalismo del *Vormärz* è abbastanza nota[51]. Secondo l'autore, esso non fu espressione degli «interessi di classe di una borghesia ricca e consapevole di sé»[52], ma di una mentalità dottrinaria, nutrita di ideali universalistici, che ebbe quale portavoce un gruppo di professori e quale terreno di coltura la speculazione filosofico-letteraria. Imbevuta di teoria, la «borghesia» tedesca era giunta impreparata all'appuntamento con la realtà: con un *Machtstaat* di cui non aveva saputo assumere la guida e con impegni di governo per i quali non si era dimostrata idonea, né predisposta. Le giornate del 1848 avevano sancito la sua sconfitta come «classe politica».

«Geschichte und Gesellschaft», IV, 1978, pp. 324-361; W. KASCHUBA, *Zwischen Deutscher Nation und Deutscher Provinz. Politische Horizonte und soziale Milieus im frühen Liberalismus*, in *Liberalismus im 19. Jahrhundert. Deutschalnd im europäischen Vergleich*, hrsg. von D. LANGEWIESCHE, Göttingen 1988, pp. 83-108.

[51] Cfr. H. VON TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert. Zweiter Theil: Bis zu den Karlsbader Beschlüssen*, Leipzig 1882, pp. 10-15.

[52] *Ibidem*, p. 10.

Più tardi, l'apoteosi militare di Königgratz aveva finalmente estirpato dalla Germania le radici venefiche dell'«idealismo».

Con ciò Treitschke aveva rifatto il verso alle «autocritiche» di liberali come Hermann Baumgarten[53] e Karl Biedermann[54]. Anche per lui, la «quiete della scienza» era quanto di meno propizio alla formazione di forti personalità politiche[55]. Viceversa, qualsiasi obiettivo di governo, per essere attuato, richiedeva la mano dello statista di professione, non certo quella del borghese, «più portato per il lavoro»[56]. Va tuttavia ricordato che, a giudizio di Biedermann, anche lo Stato prussiano aveva le proprie responsabilità: esso, infatti, non aveva mai permesso al «ceto intellettuale» la traduzione in atto di ideali progressisti e, anzi, gli aveva anteposto un «ceto dei funzionari» dalle cui riforme era scaturita solo una «privatizzazione della libertà»[57]. Per questo la repressione – e non già la cultura – di primo Ottocento andava indicata quale causa prima dell'immaturità politica del nuovo *Mittelstand*, egemone nella sfera economica.

In effetti, la Prussia, che solo nel 1850 si era dotata di una costituzione scritta, se in seguito era riuscita a imporre una supremazia sulla Germania, tanto da unificarla politicamente, lo aveva fatto per merito non dei «corpi sociali», ma dei suoi «corpi statali» (*in primis*, la burocrazia e l'esercito), la cui preparazione e compattezza erano pari solo alla fedeltà che li legava alla monarchia. Questo aspetto, deplorato a suo tempo dallo storico Georg Gottfried Ger-

[53] Cfr. H. BAUMGARTEN, *Der deutsche Liberalismus. Eine Selbstkritik* (1866), hrsg. von A.M. BIRKE, Frankfurt am Main-Berlin-Wien 1974.

[54] Cfr. K. BIEDERMANN, *Dreissig Jahre deutscher Geschichte. Vom Thronwechsel in Preussen 1840 bis zur Aufrichtung des neuen deutschen Kaiserthums. Nebst einem Rückblick auf die Zeit von 1815-40*, Breslau 1881, I, pp. 30 ss.

[55] Cfr. H. VON TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert. Vierter Theil: Bis zum Tode König Friedrich Wilhelms III*, Leipzig 1889, p. 666.

[56] Cfr. H. BAUMGARTEN, *Der deutsche Libralismus*, cit., p. 150.

[57] Cfr. K. BIEDERMANN, *Dreissig Jahre*, cit., p. 30.

vinus[58], che in esso aveva colto il principale fattore dell'arretratezza e del conservatorismo prussiani, dopo la fondazione del *Reich* era divenuto quasi *conditio sine qua non* dell'esistenza del nuovo Stato: della sua capacità d'imporsi sulla scena internazionale e di neutralizzare i conflitti interni con efficaci politiche d'integrazione sociale. Già nel 1849, un «hegeliano di centro» come Karl Rosenkranz aveva scritto:

«Il reale fondamento della monarchia costituzionale [che la rende preferibile a ogni altra forma di governo] è la libertà autocosciente, che non ha più altro fine e sottomette ad esso la famiglia come la società civile. La sua origine è nella lotta dell'unità del tutto con la parità dei singoli. Essa vuole ottenerne la conciliazione in guisa d'opera d'arte politica»[59].

Questa libertà autocosciente, che da varie parti durante il *Vormärz* era stata opposta, come «libertà germanica», agli ideali rivoluzionari di provenienza francese, altro non era che il prodotto dell'identificazione teorica di libertà civile e legalità entro la cornice statale[60]. In altri termini si trattava non della «libertà dallo Stato», ma della «libertà nello Stato»: di una nozione mediante la quale la condizione del cittadino poteva essere tematizzata nella demarcazione di fondo fra la sfera individuale (o privata) e una libertà politica coincidente col pieno riconoscimento della sudditanza verso l'autorità pubblica. Anche il liberalismo *vormärzlich* si era servito di questo artificio: l'equivalenza fra diritti politici e doveri di «appartenenza allo Stato» gli aveva permesso d'impostare, in termini per nulla rivoluzionari, la propria battaglia per i diritti civili, contro le ingerenze burocratiche e le pressioni poliziesche sulla sfera privata. Peraltro, pro-

[58] Cfr. G.G. GERVINUS, *Die Preussische Verfassung und das Patent vom 3. Februar 1847*, Mannheim 1847, in part. pp. 43-73.

[59] Cfr. K. ROSENKRANZ, *Repubblica e monarchia costituzionale. Marzo 1849*, in *Gli hegeliani liberali*, a cura di C. CESA, Bari 1974, pp. 243-268 (citaz. p. 252).

[60] Sull'intera questione si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung im deutschen Frühliberalismus*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 27-39.

prio la stessa scelta si era rivelata perdente escludendo già in partenza qualsiasi azione diretta contro le basi del potere costituito.

Rosenkranz, per parte sua, parlando dell'«opinione pubblica», si era ben guardato, e non a caso, dal sottolinearne le potenzialità «eversive». L'aveva qualificata come espressione di un popolo «libero»[61], impegnato ad autoconoscersi, come un «invisibile vapore» che «passa al volo sugli animi», che «a loro stessa insaputa li determina», così acquistando «impercettibilmente una tale universalità che ognuno si trova a consentire con gli altri senza previo accordo»[62]. Questa «potenza magica cui tutto rende omaggio, e il cui sigillo si imprime inconsciamente su ogni riflettere e agire dei contemporanei come una moda dello spirito»[63], gli si era presentata come intrico di verità e menzogna, come groviglio nel quale solo il governo, conoscendo da posizione «più elevata» le reali necessità del popolo, avrebbe potuto porre ordine e procurarsi, di volta in volta, il consenso utile alle proprie scelte.

Qualcosa di simile, non molto tempo dopo, fu sostenuto dal conservatore Friedrich Julius Stahl[64]. L'opinione pubblica era, per lui, la «coscienza etico-intellettuale della nazione» e il suo potere consisteva nell'attualizzare i valori della stessa, al fine di «accompagnare», ma non «dirigere», le azioni del governo. All'«opinione pubblica» e al suo organo principale (la «rappresentanza per ceti») Stahl assegnava una funzione di sorveglianza sull'«eticità» dei governanti o, se si preferisce, un ruolo di custode dell'integrità etico-religiosa del corpo politico (lo «Stato cristiano»). Ciò, naturalmente, non equivaleva alla capacità di influire sulle decisioni concrete e sui loro contenuti la cui determinazione sarebbe rimasta per

[61] Cfr. K. Rosenkranz, *Breve concetto dell'opinione pubblica*, in *Gli hegeliani liberali*, cit., pp. 71-81.

[62] *Ibidem*, p. 78.

[63] *Ibidem*, p. 79.

[64] Cfr. F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg 1856, II/2, §§ 136-137.

intero appannaggio della monarchia e dei suoi ministri. Men che meno erano poste in tal modo le basi della «reciprocità fra parlamento e opinione pubblica» quale tratto distintivo «del moderno sistema di governo democratico-parlamentare»[65].

Quel che affiorava da simili teorie era semmai una volontà di spoliticizzazione dell'opinione pubblica, ridotta a mera «autorità morale» e dotata di un organo rappresentativo che, secondo Stahl, non avrebbe mai dovuto assumere poteri costituzionali equiparabili a quelli del monarca. La preferenza che egli accordava alla «rappresentanza per ceti» era poi rivelatrice di un timore radicato nei riguardi della «partitizzazione» dell'organo parlamentare, ossia, di una sua possibile metastasi a strumento di pressione per le forze sociali emergenti[66]. Questo, anche se contro simili minacce il sistema elettorale prussiano, per tre classi di censo, offriva già una protezione tutt'altro che inefficace. Per parte sua, il gabinetto berlinese, già nell'epoca del «conflitto costituzionale», ebbe dell'opinione pubblica e delle sue interferenze negli affari di Stato un'idea niente affatto equivocabile. Basti ricordare, al proposito, il messaggio che la notte di Natale del 1863 Bismarck inviò all'ambasciatore prussiano a Parigi conte Robert von der Goltz, ove si leggeva:

«Lei crede che nell'opinione pubblica tedesca, nelle Camere, nei quotidiani ecc., ci sia qualcosa che potrebbe sostenerci e aiutarci in una politica di unificazione e di egemonia. Io invece penso si tratti di un errore grave e di un'ipotesi fantasiosa. Il nostro rafforzamento non potrà mai dipendere dalla politica delle Camere o della stampa, ma da una politica armata, da grande potenza»[67].

[65] Questo è ciò che, inspiegabimente, sostiene E. FRAENKEL, *Parlament und öffentliche Meinung*, cit., p. 164.

[66] Si veda invece la critica rivoltagli in L.A. VON ROCHAU, *Grundsätze der Realpolitik. Angewendet auf die staatlichen Zustände Deutschlands* (1853), Frankfurt am Main-Berlin-Wien 1972, p. 95 in nota (i deputati eletti dai ceti si comportano già in parlamento come rappresentanti della nazione intera).

[67] Il documento è citato in F. TÖNNIES, *Kritik der öffentlichen Meinung*, Berlin 1922, p. 431.

La «dissoluzione socio-psicologica» del concetto di «opinione pubblica»[68] fu uno dei contributi che in vario modo, nei decenni seguenti, la scienza tedesca fornì allo sviluppo nazionale: sviluppo, le cui caratteristiche precipue si possono riassumere in un'industrializzazione condotta a marce forzate, nella massificazione dei rapporti sociali e politici e nella costruzione di un ordinamento imperiale retto dal patto federativo fra i monarchi e le relative burocrazie. L'avalutatività delle definizioni che tale concetto avrebbe ricevuto[69], da allora in poi, è indicativa del timore col quale si guardava al suo referente concreto: a una società le cui strutture «prepolitiche» e corporative andavano politicizzandosi non solo nel contrasto d'interessi – sempre più diffuso e coinvolgente – che le opponeva, ma spesso in un conflitto stridente e insanabile con lo Stato. Bluntschli, nel 1876, vedeva ancora nell'opinione pubblica l'espressione di una «nazione libera e colta», che riflette sugli affari di governo[70]: ma ormai le «classi medie», che a suo giudizio ne erano pur sempre le portatrici, si riducevano a una sorta di aristocrazia morale e intellettuale, unita nell'identità col proprio Stato. Altri studiosi, ponendo l'accento sugli effetti caotici e «destabilizzanti» della politicizzazione di grandi masse, presero a considerare l'opinione pubblica come magma indifferenziato, che la propaganda di partito non avrebbe mai potuto plasmare convenientemente.

Già Albrecht Schäffle[71], nel 1875, l'aveva qualificata come «reazione informe della massa» – ora attiva, ora passiva – al comportamento e alle scelte delle *élites* di governo. Molto più tardi, Gustav von Schmoller sostenne che «l'opinione pubblica è la risposta che, soprattutto le parti più passive

[68] Il termine figura in J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 279.

[69] Sul problema si veda, in particolare, U. OTTO, *Die Problematik des Begriffs der öffentlichen Meinung*, in «Publizistik», II, 1966, pp. 99-130.

[70] Cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Politik als Wissenschaft*, Heidelberg 1876, pp. 186-187.

[71] Cfr. A. SCHAEFFLE, *Bau und Leben des socialen Körpers*, Tübingen 1875, I, pp. 452 ss.

della società danno al comportamento e alle azioni delle parti più attive. Essa è come una grande arpa eolia, con milioni di corde, sulla quale infuriano venti da ogni direzione»[72].

Infine, rifacendosi alla «psicologia delle folle» di Gabriel Tarde, Gustave Le Bon, Scipio Sighele e altri, Wilhelm Bauer[73], nel 1914, affermò che «l'opinione pubblica determina il rapporto mentale che il singolo – inteso non come individualità, ma come elemento della massa – intrattiene con gli eventi e le circostanze della vita pubblica»[74]. Ormai, essa gli si presentava quale «unità solo apparente» di opinioni singole, «cui è comune la dipendenza dalla disposizione generale di pensiero e volontà che predomina nella massa»[75]. In pratica: l'opinione pubblica non era più altro che una sorta di mediazione collettiva, spesso fuorviante e soggetta a molteplici condizionamenti nel rapporto di comprensione e compenetrazione del singolo con la sfera istituzionale. Essa, pertanto, si riduceva a una serie di processi di comunicazione, interni alla massa e tipici «sia della democrazia, sia della monarchia rappresentative»[76], soggetti alla diretta influenza della stampa di partito e di ogni altro mezzo di propaganda. Più che misura della partecipazione del cittadino alla vita dello Stato, più che indice della sua capacità d'incidervi costruttivamente, l'opinione pubblica sembrava espressione di un'estraneità e di una distanza incolmabili, che istituti quali il suffragio universale o la libertà di stampa tendevano a dilatare, anziché restringere.

Questo timore della massa, come fenomeno sociologico e nuovo soggetto politico (seppure «passivo»), abbinato alla scarsa comprensione delle sue dinamiche interne, finì col

[72] Cfr. G. VON SCHMOLLER, *Grundriss der Volkswirtschaftslehre*, Leipzig 1908, I, p. 14.

[73] Cfr. W. BAUER, *Die öffentliche Meinung und ihre geschichtlichen Grundlagen. Ein Versuch*, Tübingen 1914.

[74] *Ibidem*, p. 67.

[75] *Ibidem*, p. 65.

[76] *Ibidem*, p. 129.

determinare una consonanza di pareri attorno al ruolo di produttrice di consenso, che la scienza, sempre più apertamente, rivendicava ormai per se stessa. Il liberalismo, sconfitto durante gli anni '60 e '70 sul terreno costituzionale, si era poi dimostrato incapace di fronteggiare i mutamenti in atto nella società guglielmina con politiche adeguate e con un'opera di proselitismo estesa ai suoi più vasti settori. La scienza invece, proponendosi come «apolitica», si era affermata quale «grande impresa», ispirata a criteri di professionalità pura e finalizzata al mantenimento, entro margini di rischio «tollerabili», di una tensione ormai artificiale fra società e Stato[77].

Le posizioni espresse da due studiosi come Frantz von Holtzendorff e Ferdinand Tönnies valgano a parziale illustrazione di questo sviluppo. Holtzendorff, nel 1879, definì l'opinione pubblica quale manifestazione del *Volksgeist*, instabile poiché soggetta alle influenze più diverse, dall'interno come dall'esterno:

> «Essa non è il potere deliberante e ordinante di chi governa e neppure una volontà che costantemente trapassa in azione, ma un'istanza *consultiva* di giudizio, su fatti accaduti o su propositi in attesa d'attuazione.
>
> La sua importanza e la sua autorità emergono non appena il titolare del potere statale cerchi il consiglio su questioni di pubblico interesse, al di fuori della propria sfera di diritto, o sia nella necessità di procurarsi il consenso d'altri»[78].

Questa autorità consultiva non andava confusa né con la somma delle opinioni individuali, né con l'opinione delle maggioranze presenti in parlamento, né infine con quella di uno o più partiti[79]. Come «tribunale superiore della critica

[77] Sull'intera questione si rinvia principalmente a P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987, capp. VII e VIII.

[78] Cfr. F. VON HOLTZENDORFF, *Wesen und Werth der Öffentlichen Meinung*, München 1879, p. 36.

[79] *Ibidem*, pp. 40-44.

pubblica», essa poteva emanare solo dal popolo, nella sua globalità, e identificarsi con l'opinione prevalente fra le sue fila in ogni particolare momento[80]. Il potere dell'opinione pubblica era solo di natura psicologica, mai normativa[81], e la fiducia dei cittadini ne costituiva il principale fondamento. Rafforzandosi con la crescita numerica delle persone interessate agli affari di Stato, esso tendeva a esercitarsi in un'azione, non sempre coerente, di sorveglianza e pressione sulle scelte del governo.

Proprio questa azione, agli occhi di Holtzendorff, appariva condizionata da fattori «negativi», quali la propaganda di partito e, più in generale, la diffusione di quotidiani connotati politicamente. Mentre in Inghilterra l'opinione pubblica era cresciuta sul terreno della «prassi politica»[82], avendo nel parlamento la propria guida e nella stampa indipendente il canale di informazione e espressione, sul continente – e ancor più in Germania –, data la scarsa rappresentatività delle camere e la faziosità dei mezzi di comunicazione di massa, essa aveva mantenuto con le istituzioni un rapporto di accesa conflittualità, senza mai assumere una fisionomia diversa dalla congerie di giudizi estemporanei (e spesso triviali) di cui anche al presente consisteva.

«Gran parte del pubblico che legge, si affida a un solo quotidiano. Nelle zone in cui sono disponibili più giornali, la scelta cade di preferenza su quello che riporta, più marcatamente, opinioni di parte, o soddisfa a condizioni diverse, quali ad esempio la presenza di notizie sull'andamento dei mercati e sulla cronaca locale, il costo più basso ecc. Il risultato, pertanto, è il seguente: l'educazione

[80] *Ibidem*, p. 43.

[81] *Ibidem*, p. 47. Si trattava, in altri termini, di una forza emanante, con pari intensità, dal rapporto d'identificazione e compenetrazione profonda fra il singolo e l'ordinamento istituzionale. Tant'è che: «Il contrario dell'opinione pubblica è la mancanza di senso civico, la preponderanza degli interessi privati sul bene comune, l'anarchia sociale, ove chiunque persegue il proprio vantaggio a scapito della collettività, il terrorismo dispotico delle opinioni» (*ibidem*, p. 65).

[82] *Ibidem*, p. 33.

politica, ottenibile mediante una corretta disamina di tutte le opinioni, non rientra più fra gli obiettivi della stampa quotidiana»[83].

Il desiderio d'uguaglianza che, oltre a dissolvere i vecchi privilegi di ceto, aveva pure demolito l'autorità delle forze un tempo trainanti la società e lo Stato[84], aveva via via ristretto l'orizzonte politico e intellettuale delle grandi masse, già scarso di suo e ora ancor più angusto poiché dominato dal vaniloquio e dalle «verità» di parte. A parere di Holtzendorff i problemi che ne scaturivano ammettevano solo una soluzione «di Stato»:

«Gli Stati che si fondano su istituzioni rappresentative hanno un unico interesse e uno stesso compito: quello di garantire all'opinione popolare un'espressione libera e, cosa ancor più importante ai giorni nostri, di creare e provvedere i mezzi adeguati alla sua libera formazione»[85].

Un popolo chiamato all'autogoverno, nella sfera comunale, e alla cooperazione con le autorità statali, doveva disporre di una capacità di giudizio autonoma, equilibrata e, se possibile, competente. Benché le esperienze di molti regimi (soprattutto democratico-assembleari) testimoniassero la difficoltà del rapporto fra gli intellettuali e la massa (fin troppo sensibile a richiami e influenze «demagogiche»), restava il fatto che

«Se l'opinione pubblica è un potere che agisce ora per il meglio ora per il peggio, lo Stato ha attualmente il dovere di far sì che, con ogni mezzo, la scienza eserciti più facilmente un'azione educativa su di essa, al di là degli interessi di parte. Lo Stato deve concepire il fine delle scienze politiche in termini diversi da quelli in uso ai tempi in cui le Università erano sospettate di esser luoghi, ove semplicemente si inculcava nei giovani un senso di gretta sudditanza nei suoi riguardi»[86].

[83] *Ibidem*, p. 103.

[84] *Ibidem*, p. 29.

[85] *Ibidem*, pp. 123-124.

[86] *Ibidem*, pp. 133-134.

Per essere un fattore utile della politica l'opinione pubblica esigeva che fra specialisti e profani, fra il singolo e la collettività, avesse luogo uno scambio di vedute regolare, costante e «alla pari». Tale condizione, secondo Holtzendorff, poteva essere soddisfatta con la creazione di un organo di stampa «indipendente» – una sorta di «gazzetta di Stato» – sulle cui pagine persone esperte e competenti esponessero liberamente le loro valutazioni e proposte circa la conduzione dei pubblici affari. Solo così la «libertà di stampa» sarebbe stata uno strumento valido all'educazione politica della nazione[87]. E solo in tal modo la scienza avrebbe potuto far valere la propria autorità contro l'arrivismo, l'approssimazione, lo sperimentalismo velleitario che ormai imperavano nella quotidiana prassi di partito.

L'idea secondo cui «la scienza ha per vocazione il compito di essere educatrice dell'opinione pubblica. Essa deve farsi carico non solo della conoscenza, ma anche della volontà etica della nazione in ambito politico»[88], ebbe anche in Tönnies un sostenitore convinto. Egli, però, a differenza di Holtzendorff, introdusse una distinzione fra l'opinione pubblica «empirica» – come mescolanza d'idee, intenti, emozioni diverse e spesso contraddittorie – e l'Opinione Pubblica quale volontà unitaria delle società moderne, capace di esprimersi in giudizi unanimi, alla stregua delle sentenze dei tribunali o delle delibere di una pubblica assemblea[89]. Mentre la prima tipologia rifletteva la varietà e la disseminazione degli interessi materiali – così come apparivano al loro affiorare sulla scena politica, – la seconda era ciò in cui, di volta

[87] *Ibidem*, pp. 138-139.

[88] *Ibidem*, p. 144.

[89] Cfr. F. Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung*, cit., p. 132. Non potendo qui riservare a quest'opera una trattazione critica adeguata, si rinvia a: D. Koigen, *Von sozialer Vernunft und Öffentlicher Meinung*, in «Ethos», I, 1925, pp. 165-175; G. Lindt Gollin-A.E. Gollin, *Tönnies on public opinion*, in *Ferdinand Tönnies. A new evaluation. Essays and documents*, ed. by W.J. Cahnamn, Leiden 1973, pp. 181-203; M. Ricciardi, *L'opinione pubblica liberale e la Kritik tönnesiana*, in «Scienza & politica. Per una storia delle dottrine», I, 1989, pp. 53-73.

in volta, veniva attualizzandosi l'insieme delle credenze e dei valori che formavano il sostrato unitario e profondo della società moderna. Solo la presenza e le manifestazioni individuali di tale sostrato conferivano a quest'ultima la qualità di soggetto collettivo, provvisto di un'autonoma volontà.

Una simile bipartizione scaturiva, com'è noto, dalle analisi tönnesiane sui processi e le modalità di formazione della «volontà sociale». Mentre nelle forme associative meno evolute (le «comunità») questa volontà «è nascosta nella vita vegetativa, dato che la specie e la famiglia sono vita vegetativa nel senso sociologico – in quanto base sostanziale della stessa convivenza umana», nelle società moderne essa ha la propria radice nell'«incontro di volontà arbitrarie individuali, che si intersecano in un punto di scambio che è razionale e giusto per entrambe»[90]. In altre parole: mentre nella «comunità», ove la famiglia è nucleo fondante e il «comune» si dà ancora come *clan* o «famiglia allargata», la volontà sociale si manifesta individualmente come «uso» e come «fede» (e collettivamente come «costume» e «religione»); nelle società moderne, contrassegnate da una crescente differenziazione interna, la volontà sociale assume le forme individuali della «norma convenzionale» e della «dottrina», nonché quelle collettive della «legislazione» e dell'«Opinione Pubblica». Per questo, Tönnies assegnava anche alla religione e all'Opinione Pubblica un potere normativo (in senso sociologico e non giuridico), ossia una capacità di determinazione dell'ordinamento materiale, rispettivamente nella «comunità» e nella «società». Ambedue, insomma, parallelamente al diritto, erano forme di un volere collettivo che si traduceva in norme universali e vincolanti e però, diversamente dalla volontà trasfusa nelle norme giuridiche, si poneva al di là della tensione formale fra governanti e governati, fra società civile e Stato.

Accomunate dall'essere autorità etico-trascendentali delle diverse forme d'associazione umana, la religione e l'Opinione Pubblica erano distinte quanto al contenuto pratico e

[90] Cfr. F. TÖNNIES, *Comunità e società* (1887), Milano 1979, p. 259.

concettuale. La prima, presupponendo una verità assoluta e rivelata, si esprimeva nella fede e nell'accettazione incondizionata del sacro, la seconda era invece improntata allo scetticismo a al razionalismo critico. Ciò la poneva in un rapporto di contiguità col sapere scientifico, tanto che, a giudizio di Tönnies, il suo sviluppo sarebbe andato di pari passo coi progressi della scienza e con la loro importanza crescente quali fattori di formazione della mentalità collettiva[91]. In questo senso, egli poteva pure affermare che «nei secoli più recenti, la religione cristiana ha perso tutto ciò che è stato invece guadagnato dall'Opinione Pubblica»[92], ossia che, col passaggio a forme associative sempre più differenziate e complesse, il ruolo etico-normativo della religione era via via passato a un nuovo tipo di volontà sociale, capace di definire i propri valori fondamentali in modo laico, razionale e, almeno tendenzialmente, «scientifico». Questa volontà nuova, però, non aveva più quale portatore il popolo nella sua generalità, ma soprattutto «il pubblico istruito, che riflette sulle questioni politiche e che io immagino cristallizzato nella repubblica dei dotti»[93].

Pur mantenendo un rapporto di prossimità e reciprocità con l'opinione pubblica (ossia col parere popolare, espresso nelle votazioni o in altre forme di pronunciamento collettivo), l'Opinione Pubblica se ne distingueva, presupponendo un senso civico e una preparazione politica propri non della nazione in quanto tale, ma solo di una sua *élite*. Quest'ultima, questo «ceto medio» ormai affermatosi nelle società più evolute dell'Occidente, assumeva, agli occhi di Tönnies, la dignità di «ceto universale» e cosmopolitico, tanto da indurre l'autore a riesumare, per metafora, il mito illuministico della *république des lettres*. È ovvio però che più della vecchia conventicola di eruditi si trattasse ora di una classe sociale potente, depositaria della moderna razionalità scientifico-capitalistica, e proprio perciò legittimata a porsi quale

[91] Cfr. F. Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung*, cit., p. 207.

[92] *Ibidem*, p. 570.

[93] *Ibidem*, p. 154.

rappresentante della società nel suo complesso. In pari tempo, la capacità dimostrata storicamente da questa classe di affermare i propri valori su qualsiasi scenario con gli strumenti della comunicazione di massa faceva balenare in Tönnies la speranza tanto in una futura «società cosmopolitica», quanto in un possibile oltrepassamento dell'«opinione pubblica», delle lacerazioni sociali e d'interesse, e in una loro ricomposizione finale nello Stato. Memore della lezione dei «socialisti della cattedra» – coi suoi sviluppi nell'età guglielmina –, egli affidava dunque alla scienza e ai suoi «portatori sociali» il compito di riaffermare nel concreto l'unità etica indissolubile di Stato e nazione, di istituzioni e popolo: unità che, tendenzialmente, avrebbe dovuto realizzarsi con la progressiva inclusione nell'Opinione Pubblica delle classi sociali subalterne.

### 3. *A mo' di conclusione*

La fiducia nell'educazione scientifica della nazione alla causa dello Stato non ebbe vita lunga, né facile. La sua dissoluzione progressiva costituisce, in termini di sociologia politica, uno dei dati più rilevanti, su scala mondiale, nella complessa vicenda del nostro secolo. Tramontata la speranza di controllare scientificamente le aporie di processi di democratizzazione, che avrebbero in gran parte sovvertito le basi dell'ordinamento liberale, venne via via accentuandosi più che in passato il divario fra qualità del governo e qualità del consenso, fra i processi decisionali e la loro recezione nella società, fra «governo rappresentativo» e reale partecipazione dal basso. Per il buon funzionamento del primo, Walter Lippmann, già nel 1922, sostenne la necessità di un'organizzazione indipendente di esperti, capace di rendere «i fatti non visti comprensibili a quelli che devono prendere le decisioni»[94]. A suo avviso:

[94] Cfr. W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica* (1922), Milano 1963, pp. 31-32.

«Solo la reale accettazione del principio che la rappresentanza personale deve essere integrata dalla rappresentanza dei fatti non visti, permetterebbe un decentramento soddisfacente, che ci consentirebbe di liberarci dall'intollerabile e inefficace finzione secondo cui ciascuno di noi deve farsi un'opinione da competente su tutti gli affari pubblici»[95].

Ormai la scienza, più che limitarsi all'apologia o alla critica di decisioni già prese, più che far da tramite fra gli statisti di professione e il pubblico profano, doveva preoccuparsi di determinare più da vicino la politica concreta, fornendo ai governanti i dati e i mezzi «su cui si dovranno basare le decisioni reali»[96]. Essa, insomma, doveva subentrare definitivamente a quell'opinione pubblica «istruita» che in precedenza, da parte liberale, era stata chiamata ad affiancare la propria «legge» a quella dello Stato, così garantendo almeno un controllo di eticità sulle scelte dei politici. In pari tempo, anziché educare, la scienza avrebbe avuto l'altro compito di predisporre tecniche di manipolazione di massa, utili ai *leaders* di partito per primeggiare nelle battaglie elettorali. Di conseguenza, dalla teoria come dalla prassi, l'opinione pubblica cominciò ad essere considerata come oggetto da analizzare, sezionare o utilizzare, in accordo con le esigenze di sistemi che non avrebbero più avuto bisogno di interpretarla, ascoltandone la volontà, ma semmai di sfruttarne le capacità di omologazione e integrazione di soggetti nuovi, che si fossero affacciati, con le proprie rivendicazioni e istanze, sulla scena politica.

[95] *Ibidem*, p. 32.

[96] *Ibidem*.

# La nozione di interesse pubblico nel dibattito amministrativo austriaco: dal sindacato giurisdizionale al procedimento amministrativo

di *Giorgio Bongiovanni*

## 1. *Lineamenti generali*

Il concetto di interesse pubblico, nonostante le molteplici implicazioni semantiche e storiche, appare, nei suoi termini generali nel pensiero giuridico e politico dell'800 tedesco, connesso immediatamente con la costruzione della personalità giuridica statale[1]. A partire dalla prima formulazione di questo concetto nella celebre recensione di Albrecht del 1837 ai *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* di Maurenbrecher[2], l'interesse pubblico è uno degli strumenti più importanti utilizzati per la costruzione della *fictio* della personalità giuridica dello Stato, espressione quest'ultimo, appunto, di «un più alto e comune interesse generale»[3]. Lo stesso ruolo gli viene assegnato da G. Jellinek che nella seconda edizione del *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, per fondare la distinzione tra diritto obiettivo e subiettivo, dichiara: «per riuscirvi occorre accertare il rapporto di finalità che le norme di diritto pubblico hanno con gli interessi umani. Qualunque diritto pubblico esiste nell'interesse generale, il quale è identico con l'interesse dello Stato»[4].

[1] In questo senso P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg 1970, pp. 17 ss.; M. STOLLEIS, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, in «Verwaltungsarchiv», 1, 1974, pp. 12 ss.; L. ORNAGHI, *Il concetto di interesse*, Milano 1984, pp. 45 ss.

[2] W.E. ALBRECHT, recensione a R. MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, in «Göttingische gelehrte Anzeigen», 1837 (trad. it. in L. ORNAGHI, *Il concetto di interesse*, cit.).

[3] *Ibidem*, p. 1492.

[4] G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905, pp. 68-69.

In queste formulazioni troviamo accennati, con sufficiente chiarezza però, i nessi tra le due costruzioni. La necessità della persona statale è evocata dall'idea di interesse generale: quest'ultimo esprime il contenuto della volontà unitaria dello Stato-persona. In questo senso, attraverso il riferimento della figura dell'interesse generale agli elementi che si riferiscono o che dipendono dalla persona giuridica, l'interesse generale si identifica con l'interesse dello Stato, diviene cioè interesse pubblico[5]. Quest'ultimo, in quanto interesse generale, «forma il contenuto o il fine del potere dello Stato e diviene la causa giuridica dei suoi atti»[6].

Dietro questi profili che toccano direttamente il rapporto tra potere politico e interessi sociali nell'ambito della persona giuridica secondo linee di formalizzazione note, disponendosi l'interesse pubblico come sintesi e unità rispetto agli interessi sociali così come la persona giuridica Stato lo è rispetto alla società politica, il concetto di interesse pubblico ha un ambito di riferimento più ristretto in cui si riflette questa premessa generale. L'interesse pubblico e la concettualizzazione che lo accompagna acquisisce caratteri più definiti e più direttamente costituzionali, aldilà della sua funzione strumentale e di legittimazione politica[7], all'interno del diritto amministrativo[8]. Esso si inserisce nella costruzione e nella delineazione dei caratteri di questo ramo del diritto pubblico, incidendo sulle concettualizzazioni dogmatiche e sulla concreta elaborazione degli istituti[9].

La nostra riflessione si inserisce in questo ambito limitando però la sua attenzione ad alcuni aspetti di questa vicenda ed in riferimento al preciso contesto istituzionale e costituzio-

[5] G. Berti, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (11/12, 1982/1983).

[6] *Ibidem*, p. 1027.

[7] L. Ornaghi, *Il concetto di interesse*, cit., p. 54.

[8] P. Häberle, *Öffentliches Interesse*, cit., p. 20; M. Stolleis, *Öffentliches Interesse*, cit., pp. 11 ss.

[9] P. Häberle, *Öffentliches Interesse*, cit., p. 19.

nale dell'Austria monarchica. La *Frage des öffentlichen Interesses*[10] al centro della giuspubblicistica austriaca di fine '800 è infatti in diretto riferimento alle riforme della giustizia amministrativa del 1875 e, sul piano dogmatico, alla elaborazione dei caratteri della discrezionalità amministrativa[11]. Questa riflessione, a partire dalla peculiarità dell'esperienza giuridica austriaca, si delinea secondo precise alternative concettuali rispetto alla vicina elaborazione tedesca, fornendo, all'interno della vicenda generale della costruzione dei caratteri del diritto amministrativo, un contributo autonomo e costituzionalmente significativo. La riflessione sulla discrezionalità e il ruolo che l'interesse pubblico ha in riferimento alla sua definizione e alla possibilità del sindacato giurisdizionale, seppure limitata e apparentemente tecnica, si collega direttamente, come vedremo, alla costruzione di una amministrazione di garanzia che incide direttamente sui profili definitori del diritto amministrativo e sul concetto stesso di amministrazione dando luogo, nel processo di formazione dei suoi caratteri, a significative innovazioni.

La riflessione sulla discrezionalità si inserisce direttamente, in primo luogo, nel dibattito sul significato del principio di legalità nella amministrazione. Individuare infatti nella discrezionalità la espressione della libertà amministrativa e della indipendenza degli apparati o, al contrario, determinare anche in questo ambito elementi normativi che delimitano lo spazio di decisionalità degli apparati, ha un riscontro diretto sul rapporto legge-amministrazione. Dietro il contraddittorio combinarsi nel sistema pubblicistico dei principi di *Vorrang* e *Vorbehalt des Gesetzes*[12], la discrezionalità si pone, in questa fase, in quanto relazione specifica dell'atto amministrativo con la legge, come ambito privilegiato dell'attività amministrativa non vincolata[13]. Questa caratteriz-

[10] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milano 1988, pp. 186 ss.

[11] A. PIRAS, *Discrezionalità amminsitrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, pp. 69-70.

[12] D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1968, pp. 29 ss.

[13] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 65 ss.

zazione ha un immediato risvolto costituzionale: la discrezionalità si pone come strumento dogmatico attraverso il quale viene trasposto nella concretezza degli istituti giuridici il postulato della autonomia della amministrazione, la sua impermeabilità alla penetrazione del dato normativo e, attraverso la diretta dipendenza della attività amministrativa dall'esecutivo monocratico, della centralità del principio monarchico nei sistemi costituzionali[14].

In secondo luogo la possibilità del sindacato giurisdizionale sulla attività amministrativa discrezionale si inserisce nel rapporto tra potere e cittadino, determina, nella dialettica tra autorità e libertà, una precisa scansione del rapporto tra potere e diritto. Limitare le possibilità di tutela solo ad una serie di situazioni giuridiche fondamentali nelle quali il cittadino consegue un diritto «pubblico» soggettivo nei confronti dello Stato[15] determina una costruzione in cui alla affermazione del vincolo giuridico corrisponde la rivendicazione della libertà dal diritto per l'amministrazione. Ma soprattutto questa dinamica esprime una concezione che ai «limiti dei diritti dei privati fa corrispondere l'illimitata sovranità dello Stato»[16]. La costruzione del rapporto amministrativo trova la sua origine cioè nell'idea della diseguaglianza giuridica dei soggetti parte del rapporto stesso, fissando in modo preciso la posizione di sudditanza del cittadino nei confronti del potere pubblico[17]. La costruzione del sistema, in questo senso, viene basata sull'intreccio contraddittorio tra prerogative e privilegi della amministrazione da una parte e garanzie dall'altra, in cui si conferma la visione del potere amministrativo come potere autonomo ed originario[18], sulla

[14] D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, cit., pp. 108 ss.; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 123 ss.

[15] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1987, pp. 333 ss.

[16] *Ibidem*, p. 337

[17] *Ibidem*.

[18] In questo senso H. KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in «Österreichische Rundschau», XXXVI, 1913, trad. it. in *Dio e Stato*, Napoli 1988, pp. 209 ss.

base sia, come abbiamo accennato, della sua indipendenza dalla legge che della propria autolegittimazione in riferimento alla qualità «pubblica» delle sue attività e dei suoi scopi[19].

Infine, come terzo aspetto di questi profili generali, la riflessione austriaca, con la delineazione del procedimento amministrativo incide direttamente sui caratteri della forma giuridica che assume l'attività amministrativa: l'atto amministrativo. La centralità dell'atto come strumento giuridico che riassume la pluralità dei compiti dell'amministrazione è basata su un preciso equilibrio tra pubblico e privato che riflette direttamente i caratteri della specialità amministrativa e, in questo senso, si pone come forma esclusiva delle manifestazioni di volontà degli apparati[20]. L'atto, come istituto amministrativo per eccellenza, si pone all'interno di una precisa scansione dei confini tra autorità e consenso e di una chiara delimitazione degli statuti giuridici applicabili all'azione degli apparati. Il sistema fondato sull'atto è cioè strutturato secondo rigide separazioni, secondo una netta dicotomia: da un lato l'ambito «pubblico» della *Hoheitlichkeit*, dell'autorità e dell'interesse generale[21], dall'altro la dimensione della autonomia privata, del consenso e degli interessi particolari; due aspetti incomunicabili, formalizzati in due separate e diverse forme giuridiche, l'atto amministrativo appunto e il contratto, espressione di bilateralità e paritarietà dei soggetti. L'introduzione del procedimento, seppure in questa prima fase determinata da esigenze prevalentemente garantistiche, si pone all'interno di una riflessione che registra la perdita di tenuta di un modello fondato su una rigida distinzione tra autorità e consenso e, in prospettiva, come strumento per una diversa descrizione teorica dei fenomeni amministrativi.

[19] A. MERKL, *Staatszweck und öffentliches Interesse*, in «Verwaltungsarchiv», 27, 1919, pp. 268 ss.

[20] M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959.

[21] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 126.

La riflessione sull'interesse pubblico si configura in questa vicenda sia come fattore condizionante che condizionato. In relazione agli aspetti che abbiamo delineato esso si pone, in primo luogo, come 'causa' della attribuzione della discrezionalità e fattore determinante dei suoi caratteri, costituendo anche veicolo di esenzione all'interno della attività cosiddetta vincolata[22]. In secondo luogo, attraverso la identificazione, come vedremo, tra interesse pubblico e scopi dello Stato[23], si delinea la sua supremazia sia rispetto al dato normativo che ai diritti e agli interessi soggettivi. Infine, all'interno di questa *Hohewertigkeit*[24], emerge un preciso schema di individuazione delle evenienze di interesse pubblico che trova la sua esclusiva definizione all'interno della amministrazione (monarchica). È d'altra parte fattore condizionato perché l'analisi della trasformazione dei suoi caratteri e del suo ruolo deriva direttamente dall'analisi della trasformazione dei compiti e della decisione amministrativa.

La nostra analisi si situa in quest'ultima prospettiva; cercheremo di mostrare come l'elaborazione di una amministrazione legata ai principi dello Stato di diritto e della garanzia si collega alla individuazione delle trasformazioni del concetto di interesse pubblico e della attività amministrativa.

## 2. *Discrezionalità, interesse pubblico e sindacato giurisdizionale. Le coordinate dell'amministrazione di garanzia*

Il dibattito sul significato e sulla natura della discrezionalità amministrativa e sul ruolo dell'interesse pubblico si origina nella dottrina austriaca, come abbiamo accennato, a seguito della legislazione del 1875, che introduceva un sistema di tutela giurisdizionale amministrativo volto alla difesa dei diritti soggettivi, escludendo però esplicitamente dalla com-

[22] F. FLEINER, *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, Tübingen 1925, pp. 3 ss.

[23] A. MERKL, *Staatszweck*, cit., pp. 268 ss.

[24] P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, cit., p. 26.

petenza del giudice istituito le materie nelle quali alle autorità amministrative fosse attribuito un potere di carattere discrezionale. La legge istitutiva del *Verwaltungsgerichtshof* infatti, ponendo in relazione il sistema austriaco alla *laesio juris*, escludeva dalla competenza giurisdizionale, nell'art. 3 lettera e, «gli affari nei quali l'amministrazione è investita di un potere discrezionale nella misura in cui questo potere le è conferito»[25]. Questa costruzione, come si può notare, replica tralatiziamente nei suoi lineamenti generali, seppure all'interno di uno sforzo innovativo[26], le elaborazioni della dottrina francese e tedesca[27], in cui la possibilità del sindacato giurisdizionale della discrezionalità è fenomeno non ammesso in via normale e possibile solo in caso eccezionale, di modo che l'attribuzione discrezionale dell'amministrazione si pone come limite invalicabile dell'attribuzione giurisdizionale e quindi è sottratta, per definizione, all'imperio del principio di legalità (salvo nell'ipotesi che, si veda in questa prima fase la scarsa estensione dell'esame per *détournement de pouvoir*, l'atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo risulti compiuto in considerazione di fini propri dell'agente o per scopi manifestamente non consentiti dalla norma attributiva del potere).

Il tentativo di una parte della dottrina austriaca di passare dalle vecchie formule a nuovi principi, soprattutto con l'opera di F. Tezner dedicata alla *Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*[28], ha come principale catalizzatore istituzionale e normativo delle prospettive teoriche l'ordinamento di giustizia amministrativa. A partire dalla analisi dell'ordinamento positivo austriaco e della struttura del sistema di giustizia amministrativa e sulla base, come vedre-

[25] Legge del 22 ottobre 1875. Si veda H.C. HELLBLING, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien 1956, pp. 193 ss.

[26] A. PIRAS, *Discrezionalità amminstrativa*, cit., p. 69.

[27] *Ibidem*.

[28] F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien 1888.

mo, di un modello giurisdizionale della pubblica amministrazione, l'elaborazione tezneriana sul problema della discrezionalità ha come proprio punto di riferimento principale la necessità di limitare la clausola di esclusione della competenza giurisdizionale, all'interno della precisa consapevolezza che questa, nella sua formulazione così generale, rappresentava un preciso correlato dei modelli fondati sulla «libertà» amministrativa e poteva costituire, attraverso l'esenzione dell'attività discrezionale dal sindacato giurisdizionale, un forte indebolimento del sistema. Obiettivo polemico diretto dell'analisi tezneriana, che pure analizza la più vasta letteratura a lui precedente e coeva, è, come noto, E. Bernatzik e la soluzione presentata da quest'ultimo in *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, che ponendo in relazione la discrezionalità con la norma generale «Tue was du glaubst dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist»[29], di fatto conferiva alle autorità amministrative il potere assoluto di valutazione del pubblico interesse, sottraendo, in considerazione della indeterminatezza della norma, l'attività discrezionale al sindacato del tribunale amministrativo.

Bernatzik infatti, a partire da una teorizzazione per cui il problema centrale per la definizione della discrezionalità amministrativa si poneva nel rapporto tra norme indeterminate, che facevano riferimento a designazioni meramente nominali, cioè di classe o tipo (urgenza, pericolosità, pubblico interesse ecc.), e libertà dell'amministrazione di valutare i presupposti di fatto della propria attività[30], individuava nella attività discrezionale una semplice attività intellettiva, il cui oggetto era la determinazione dei concetti vaghi impiegati dalla norma, cioè, in altri termini, la specificazione del significato e del valore concreto della norma da applicare in relazione all'azione da compiere. L'attività discrezionale della amministrazione si risolveva così, secondo Bernatzik, in una semplice operazione di applicazione del diritto

[29] E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1896, p. 46.

[30] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 70.

al fatto concreto, assumendo il carattere, come la decisione giudiziaria, di una pronuncia determinativa di quanto per l'amministrato è, nel caso singolo, conforme a diritto[31]. Il fatto che questa soluzione sottovalutasse gli aspetti della attività amministrativa derivati da una volizione dettata dalla considerazione delle esigenze del pubblico interesse, e non come la conseguenza di un giudizio di sussunzione del fatto nell'ipotesi della norma, non costituiva un problema nel sistema di Bernatzik che, analogamente alla premessa generale, lo risolveva in maniera estremamente semplice, cioè sostenendo che l'attività volta alla cura degli interessi precostituiti e assegnati come propri ai vari uffici era anch'essa determinata da una norma giuridica imprecisa (come abbiamo visto «agisci in conformità di quanto viene richiesto dall'interesse generale»), lasciata alla libera valutazione della amministrazione. In questo senso, determinando l'interesse generale come «senza contenuto» viene sostenuta, nel sistema di Bernatzik, la tesi per cui la libertà riconosciuta alla autorità amministrativa ha come proprio oggetto l'individuazione e qualificazione del fatto della decisione, sia cioè dello stesso genere di quella di un giudice a cui il diritto positivo ha affidato il potere di decidere inappellabilmente in ordine all'esistenza e alla sussumibilità del fatto nella norma, determinando, all'interno di questa precisa analogia, l'insindacabilità dell'atto risultante dall'esercizio della discrezionalità.

La soluzione tezneriana, a partire da una interpretazione restrittiva della clausola di esclusione[32], sostiene, al contrario, che la libertà dell'amministrazione non è relativa al giudizio sull'esistenza e sulla qualificazione del fatto, ma è presente soltanto all'interno dei limiti nei quali per il diritto è indifferente l'adozione di diverse misure, la scelta tra diverse soluzioni, in concreto possibili ed egualmente riconducibili alla fattispecie reale della norma. In questa formulazio-

[31] H. EHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1960, p. 13.

[32] F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen*, cit., pp. 14 ss.

ne, sul presupposto dunque che la discrezionalità rappresenti una decisione e non tanto un giudizio interpretativo, e dunque essa non esista senza vincoli giuridici ma al contempo che nessun vincolo giuridico determini pienamente l'attività amministrativa[33], emerge direttamente la necessità di attribuire al giudice amministrativo il potere di riesaminare l'intera operazione di applicazione del diritto compiuta dall'autorità, compresa l'attività di giudizio sul fatto e quella di completamento soggettivo dell'ambito di decisione lasciato all'amministrazione dalla norma giuridica imprecisa, esercitando anche sull'atto discrezionale un sindacato di legittimità da cui non era più escluso l'esame del fatto e la verifica dell'operazione di applicazione del diritto al fatto compiuta dall'amministrazione[34].

L'analisi tezneriana permette così di risolvere la *Frage des öffentlichen Interesses* in una precisa *Rechtsfrage* e di affermare la centralità del sindacato giurisdizionale anche in relazione agli *unbestimmte, vage Gesetzsbegriffe*, all'interno di un modello in cui la discrezionalità non è più il simbolo della libertà amministrativa e della autonomia degli apparati e nel quale il problema degli ambiti decisionali lasciati dall'ordinamento alle autorità amministrative viene risolto in una precisa dimensione giuridica, in una analisi da svolgere nel caso concreto dal giudice amministrativo[35].

Di questo dibattito è però necessario mettere in evidenza una ulteriore e decisiva implicazione. Nonostante le differenze, emerge, nella contrapposizione tra Bernatzik e Tezner, un aspetto estremamente significativo che situa entrambe le costruzioni all'interno di una prospettiva comune alla elaborazione giuridica austriaca e che si porrà come premessa concreta delle teorizzazioni successive. Nella diversità delle soluzioni teoriche e delle premesse interpretative che

[33] A. MERKL, recensione a F. TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden* (Leipzig-Wien 1924), in «Österreichische Zeitschrift für Verwaltung», 57, 1924.

[34] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 71.

[35] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 196.

scandisce il dibattito tra Bernatzik e Tezner è presente una fondamentale e comune conclusione di ordine teorico per cui, secondo lo stesso Bernatzik, «gewiss ist also das Eine: im freien Ermessen kann das Kriterium nicht liegen, durch welches sich die Begriffe 'Rechtsprechung' und 'Verwaltung' unterschieden»[36]. La necessità di porre una chiara distinzione tra libertà e discrezionalità amministrativa e di conseguenza di individuare gli elementi normativi che limitano gli ambiti decisionali degli apparati emerge, in questi scritti della fine degli anni '80, come esigenza comune e si pone come concreta affermazione del principio di legalità sulla attività amministrativa e, in questo senso, quale premessa del suo pieno sviluppo nella esperienza successiva[37].

Un principio di legalità, come ha mostrato L. von Stein[38], strettamente collegato ad una immagine giurisdizionale della pubblica amministrazione che si pone come premessa indispensabile per una piena analisi giuridica delle relazioni tra i diversi poteri dello Stato e per la costruzione di una amministrazione di garanzia pienamente sviluppata, rappresentando, allo stesso tempo, uno strumento di limitazione dei *Machtreservate* della pubblica amministrazione e di progressivo sganciamento della dogmatica e degli istituti amministrativi dai legami col principio monarchico.

I modelli giurisdizionali della pubblica amministrazione, in questo senso, non si limitano ad una analisi del rapporto tra *Justiz* e *Verwaltung* relativa alla sola giustizia amministrativa e di conseguenza al conflitto tra Stato e cittadino e alla difesa delle situazioni giuridiche soggettive, ma sono anche l'espressione diretta di una riflessione più generale che tocca la stessa definizione di *Verwaltung* e il rapporto dell'amministrazione con la legge e il significato più complessivo

[36] E. BERNATZIK, *Rechtsprechung*, cit., p. 47.

[37] Su questi aspetti A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1927, pp. 164 ss.

[38] L. VON STEIN, *Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege*, in «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», VI, 1879, pp. 54 ss.

del principio di legalità. La identificazione del potere giudiziario e di quello amministrativo nella funzione unitaria di *legis executio*, che è alla base di queste analisi, sciogliendo l'antitesi tra *Justiz* e *Verwaltung*, si sviluppa così sia nella prospettiva della costruzione di un effettivo Stato di diritto[39], che della riorganizzazione dei rapporti tra i poteri dello Stato[40].

Questa esigenza di giuridicizzazione non si esaurisce nel primato del principio di legalità e nella sottoposizione delle potestà amministrative a precisi vincoli normativi ma si estende agli stessi modi di esternazione della funzione amministrativa. Essa investe direttamente anche i processi decisionali dell'amministrazione e le forme in cui si manifesta la sua «volontà». Punto di partenza è ancora l'ordinamento di giustizia amministrativa: il riferimento è in questo caso il paragrafo 6, comma 2, della legge 22 ottobre 1875 che prevedeva, tra le competenze del *Verwaltungsgerichtshof*, quella di sindacare l'illegittimità degli atti amministrativi anche «wegen mangelhaften Verfahrens»[41], ponendo, seppure all'interno di una disposizione prevalentemente programmatica e frutto della elaborazione giurisprudenziale, una prima disciplina di carattere sostanziale e che influiva direttamente sulla attività amministrativa. Il serrato dibattito su questa disposizione che ha luogo tra i giuristi austriaci e che trova una prima sintesi nella settima seduta dell'*Österreichischer Advocatentag* del 1884[42] che, in mancanza di una legge applicativa, aveva proposto una serie di pareri sulla riforma del procedimento, trova la sua espressione più alta e una consapevole teorizzazione delle valenze di questo istituto nell'*Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens* pubblicato da Friedrich Tezner nel 1896[43].

[39] B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 187 ss.

[40] *Ibidem.*

[41] Legge del 22 ottobre 1875. Si vedano R. Walter-H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, Wien 1980, pp. 7 ss., e G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Milano 1964, pp. 95 ss.

[42] G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza 1964, p. 97.

[43] F. Tezner, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien 1896.

La riflessione si svolge all'interno di un filo unitario con l'analisi precedente articolandosi all'interno della necessità di giuridicizzazione e in diretta contrapposizione ai modelli fondati sulla libertà della amministrazione, in una prospettiva, in questo caso, che si pone aldilà del problema della giustizia amministrativa e affronta direttamente quello della decisionalità amministrativa. L'esigenza teorica e costituzionale tezneriana è la stessa dell'analisi della discrezionalità: se in quel caso l'estensione del «giuridico» sulla attività amministrativa viene realizzata, come abbiamo visto, attraverso la possibilità di verifica da parte del giudice dell'amministrazione del contenuto normativo e della imperatività delle clausole generali, il pubblico interesse in primo luogo, contenute nel testo legislativo, tramite un sindacato volto alla individuazione dei confini tra rilevante e irrilevante giuridico e tra i poteri dell'amministrazione e l'integrità dell'ambito soggettivo; nel procedimento questa estensione avviene, di fronte alla mancanza di forme propria dell'agire amministrativo, dotando l'attività amministrativa di precisi moduli realizzativi, nella individuazione cioè di un «processo» decisionale non più lasciato alla libertà degli apparati ma dalla piena rilevanza giuridica. Il punto di riferimento è, di nuovo, la necessità di realizzazione *gesetzmässig* dell'interesse pubblico: la utilizzazione dei moduli processuali, e quindi della pubblicità anche all'interno dei processi di formazione della «volontà» amministrativa, si pone come ulteriore aspetto, non solo materiale, della certezza giuridica e della garanzia della integrità dei diritti soggettivi individuali. Il procedimento amministrativo assume così, in primo luogo, una valenza garantistica: la piena affermazione della legittimità amministrativa richiede che la possibilità del sindacato giurisdizionale non sia limitata alla verifica della legittimità dell'atto, del risultato finale dell'azione degli apparati pubblici, ma anche a quella della verifica della formazione della stessa «volontà» amministrativa, permettendo, contemporaneamente, attraverso gli strumenti processuali, una migliore salvaguardia dei diritti individuali[44].

[44] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 198.

In questo senso viene affermata la necessità che la pubblica amministrazione segua, nel percorso di formazione della decisione, un preciso *rechtmässigem Weg* non limitato alla individuazione delle competenze materiali e locali ma che preveda una fase «dibattimentale» nella quale abbia luogo il confronto tra autorità e *partei* del procedimento e quindi tra interessi pubblici e diritti privati[45]. Il procedimento diviene la forma della decisionalità amministrativa, la modalità di formazione dell'atto e di estrinsecazione della funzione, intervenendo in una fase antecedente a quella dello scontro tra il provvedimento e il diritto individuale[46]. Il procedimento si inserisce così all'interno di un processo di giuridicizzazione del potere amministrativo, in cui la legalità è il punto di riferimento principale. Esso ne rappresenta però anche uno dei prodotti più nuovi nella prospettiva della amministrazione di garanzia: la applicazione degli istituti processuali alla amministrazione, non solo in relazione al proprio contenzioso, ma come forma diretta di realizzazione della attività e di esplicazione della funzione, si pone in una prospettiva in cui l'utilizzazione dei mezzi giuridici già ampiamente sperimentati nel processo civile e penale è volta alla elisione della segretezza e degli *arcana imperii* dell'amministrazione e in quella della garanzia di una maggiore trasparenza ed una migliore controllabilità dell'azione amministrativa.

## 3. *Procedimento, interesse pubblico e trasformazioni amministrative*

La riflessione svolta all'interno della dottrina austriaca non si esaurisce negli aspetti, estremamente rilevanti, garantistici e costituzionali che, attraverso la giuridicizzazione della amministrazione, si delineano nell'affermazione del principio di legalità e nella estensione del sindacato giurisdizionale. Questi risultati sono infatti il frutto non solo di un'esigenza

[45] F. TEZNER, *Handbuch*, cit., pp. 33 ss.

[46] *Ibidem.*

garantista e legalitaria, ma si delineano in parallelo alla consapevolezza della trasformazione e progressiva complicazione dei compiti amministrativi. Questo aspetto, non preponderante ma significativo, trova la sua espressione più diretta nell'analisi del concetto di interesse pubblico.

La critica tezneriana alla posizione di Bernatzik prima e di Laun poi[47] ha il suo punto di partenza nella contestazione dell'assunto che pone il concetto di interesse pubblico, come sintesi delle categorie non determinate, come concetto privo di contenuto («Lehre von der Inhaltlosigkeit des Begriffes des öffentlichen Interesses»), con la conseguenza che conosciamo e cioè che il senso giuridico dell'interesse pubblico è quello stabilito dall'autorità amministrativa all'interno della propria libertà di azione («Biankovollmacht»). Alla base di questa posizione, per Tezner, vi è l'assunto della impossibilità di differenziare l'interesse pubblico: esisterebbe cioè, in questo senso, «soltanto una sola, per tutti gli organi pubblici, uguale categoria di interesse pubblico»[48]. L'interesse pubblico viene così, aldilà degli aspetti materiali, identificato soggettivamente[49], ponendosi come «entità» impermeabile, predeterminata e deducibile volontaristicamente dall'alto[50].

In questo senso, in quanto collegato con la libertà discrezionale, l'interesse pubblico, come «inespugnabile bastione dell'assolutismo autoritario nei sistemi costituzionali»[51], acquista una precisa connotazione. Si determina, in primo luogo, attraverso la derivazione soggettiva, la esclusiva «statualità» dell'interesse pubblico, la conseguente identificazione tra *öffentliches Interesse* e *Staatszwecke*[52] e la sua suprema-

[47] F. TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig-Wien 1924; R. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig-Wien 1910.

[48] F. TEZNER, *Das freie Ermessen*, cit., p. 4.

[49] *Ibidem*.

[50] P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, cit., p. 17.

[51] F. TEZNER, *Das freie Ermessen*, cit., p. 29.

[52] A. MERKL, *Staatszweck und öffentliches Interesse*, cit., p. 272.

zia, come abbiamo visto, di fronte ai semplici interessi privati. In questa prospettiva, all'interno della costruzione contraddittoria che abbiamo delineato in riferimento alla teorizzazione di Bernatzik, l'interesse pubblico viene formulato concretamente all'interno dell'amministrazione (monarchica), fornendo la base per i suoi interventi[53]. Ne deriva infine, come abbiamo ampiamente documentato, una visione dell'interesse pubblico come entità non giuridica, sottratta al controllo giurisdizionale e campo proprio della libera attività amministrativa.

La normativizzazione del concetto di interesse pubblico nella riflessione tezneriana si lega, in primo luogo, alla negazione di questa indeterminatezza e identificazione soggettiva. L'interesse pubblico, per Tezner, è infatti direttamente differenziabile dal punto di vista contenutistico: a tale categoria corrisponde infatti una pluralità di punti di riferimento. L'interesse pubblico non si pone come grandezza indeterminata: ad esso fanno riferimento differenti e contraddittorie specificazioni. L'espressione interesse pubblico si differenzia secondo lo scopo e il soggetto: ad essa corrispondono contenuti determinati che vengono individuati con precisione: interesse dello Stato, dei *Länder*, dei *Bezirke*, dei Comuni, sanitari, di polizia, fiscali, ect.[54].

La riflessione di Tezner diviene precisa: la normativizzazione è parallela alla differenziazione e pluralizzazione dell'interesse pubblico cui corrispondono precise conseguenze. La scelta discrezionale acquisisce un senso preciso in diretta relazione con questa assunzione. La scelta amministrativa diviene infatti relativa al conflitto e alla collisione di diversi interessi pubblici che all'interno della decisione diventano rilevanti[55]. La decisione si pone direttamente in relazione a questa diversità e contraddittorietà dei riferimenti normativi e non può essere esclusivamente materia di decisione riservata all'autorità amministrativa. Questa situazione deter-

[53] F. TEZNER, *Das freie Ermessen*, cit., p. 9.

[54] *Ibidem*, p. 4.

[55] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 222 ss.

mina anche la necessità di un confronto più diretto tra interessi pubblici di riferimento e gli altri interessi, compresi gli interessi che possono apparire privati[56].

Non possiamo soffermarci qui sugli aspetti più generali di questa riflessione legati al superamento di una immagine monolitica dei compiti amministrativi e all'appannamento delle distinzioni tradizionali, quanto piuttosto analizzare le conseguenze che ne vengono tratte. Quella più diretta è relativa alla funzione della discrezionalità: la possibilità di scelta tra diverse ipotesi esecutive stante, per Tezner, la «molteplicità delle relazioni sociali»[57] è, con differenti estensioni, implicita in ogni norma amministrativa che determini la realizzazione di un interesse pubblico qualificato. E questo ambito discende direttamente dalla impossibilità di considerare tale interesse come «isolato» nel contesto sociale che fornisce la base alla decisione. La discrezionalità, fatta salva la possibilità del sindacato giurisdizionale, si lega alla valutazione comparativa dell'interesse pubblico o, per meglio dire, degli interessi pubblici che l'autorità amministrativa è tenuta a valutare nell'ambito dello svolgimento della funzione[58]. La discrezionalità si lega così direttamente alla valutazione degli interessi pubblici e diviene rilevante anche per gli aspetti anteriori all'emanazione di un qualsiasi atto, al processo di formazione della decisione.

Si allarga in questa prospettiva la funzione del procedimento. Esso non appare più soltanto dettato da esigenze di garanzia, rendendo verificabile per il giudice l'attività amministrativa, ma si pone come mezzo di composizione degli interessi[59]. L'affermazione della pluralità e differenziazione degli interessi pubblici in concorrenza tra loro si riflette nella necessità che la decisione avvenga sulla base del concorso di più punti di riferimento, spesso, sotto il profilo organizzati-

[56] *Ibidem*.

[57] F. TEZNER, *Handbuch*, cit., p. 2.

[58] *Ibidem*.

[59] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 225.

vo, espressi da soggetti differenziati (uffici pubblici), emerga cioè dall'introduzione e presenza di ogni interesse che sia rilevante in ordine all'oggetto della volizione. Il procedimento si pone, per usare le parole di Tezner, come sostrato «per la comparazione tra i diversi interessi» della «comunità statale» e tra la decisione e i diritti e gli interessi individuali[60]. In questo senso il procedimento si pone come decisione di secondo grado con funzione di soluzione dei conflitti tra interessi collettivi che divenuti pubblici si riproducono nella amministrazione[61]. Prevalgono certamente nella riflessione tezneriana le preoccupazioni garantiste ma è chiara la consapevolezza di questa funzione del procedimento quale strumento per la valutazione di diversi interessi e regola per stabilire quale di essi debba prevalere, all'interno della previsione generale della norma.

In questa valutazione assume diretta rilevanza il confronto con gli interessi «privati». L'apertura del procedimento, attraverso l'estensione del concetto di *Partei* del procedimento stesso[62], a qualunque portatore di interessi si situa, in primo luogo, all'interno di una prospettiva di aumento del tasso di consensualità della attività amministrativa, di temperamento degli aspetti autoritativi e, in prospettiva, dello scioglimento dell'opposizione tra autorità e consenso. L'intervento privato nel procedimento non si limita infatti alla difesa dei propri diritti ma, nei diversi ambiti di azione, si pone sia come momento integrativo della volontà amministrativa (vedi procedimenti prescrittivi o precettivi) che, andando più oltre, anche come diretta collaborazione alla realizzazione di un fine pubblico (concessioni, autorizzazioni)[63]. Questo ruolo del procedimento corrisponde ad una 'processualizzazione' dell'interesse pubblico[64] e ad una caduta dei confini tra autorità e consenso: l'interesse pubblico

[60] F. TEZNER, *Handbuch*, cit., pp. 1 ss.

[61] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 225.

[62] F. TEZNER, *Handbuch*, cit., pp. 87 ss.

[63] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 246 ss.

[64] P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, cit., pp. 88 ss.

si compone, dietro l'indicazione normativa, nel corso del procedimento.

Nella elaborazione tezneriana questi elementi sono presenti, e non poteva essere diversamente, soprattutto in funzione della legittimità amministrativa e in una prospettiva in cui l'intervento privato è soprattutto in funzione di collaborazione (*Mitwirkung*) che di diretta partecipazione[65]. Ma essa si inserisce a pieno titolo nei tentativi di scioglimento del confine tra autorità e consenso, delineando il procedimento come strumento per la crescita di forme di contrattualizzazione dell'attività amministrativa che si basino su un confronto tra gli interessi e aprano nuove modalità per la loro composizione e che non necessariamente riproducano la «tradizionale» relazione tra autorità e soggetto privato.

## 4. *Conclusioni*

La riflessione svolta richiede una breve considerazione conclusiva. L'interesse pubblico è certamente una categoria che, per usare un termine non molto tecnico ma preciso, «sfugge da tutte le parti»[66] e comporta notevoli difficoltà non solo di individuazione ma anche di semplice descrizione. L'analisi che abbiamo sviluppato ci sembra significativa e ci ha indotto a correre questi rischi, perché la vicenda descritta appare interessante in relazione alla ricostruzione delle trasformazioni dello Stato di fine '800. In questa vicenda si delinea, oltre ad una chiara dimensione costituzionale, una consapevolezza «giuridica» delle trasformazioni dei compiti e della amministrazione stessa che anticipa, in alcuni aspetti, il travaglio dogmatico del diritto amministrativo nel '900, fornendo una serie di prospettive ancora oggi rilevanti. È dunque un tentativo per comprendere più a fondo e dietro schemi storiografici forse inadeguati[67] le caratteristiche di uno

[65] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 199.

[66] M. STOLLEIS, *Öffentliches Interesse*, cit., p. 1.

[67] B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 127 ss.

Stato che, per usare una espressione di H. Kelsen, diveniva sempre più ad «amministrazione diretta»[68].

[68] H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, Wien 1929, trad. it. in H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano 1982, pp. 121 ss.

*Sezione quinta*

# Contratto di lavoro e politica sociale

# 'Libero' e 'sociale': concezioni del contratto di lavoro fra Otto e Novecento in Germania

di *Joachim Rückert*

## I. *'Contratto di lavoro'*

### 1. Delimitazione del tema e problematica

Con contratti di lavoro s'intendono oggi, nei paesi di lingua tedesca, prevalentemente i contratti per prestazioni di servizio non autonome o dipendenti[1]. Spesso il diritto dei contratti di lavoro viene anche designato come diritto speciale per i contratti di servizio dei prestatori d'opera[2]. È opinione generale che si tratti di un gruppo particolare di contratti di servizio che trae la sua specificità dal gruppo di persone interessate. Con dipendenza spesso non si intende solo una data subordinazione nel lavoro in forza di un diritto di direzione, ma una, giuridicamente meno chiara, dipendenza personale o organizzativa[3].

Dietro queste scarne definizioni si celano vecchie e nuove

*Versione rielaborata della relazione da me tenuta a Trento il 30-10-1990. La traduzione è di Anna Gianna Manca.*

[1] Vedi per tutti W. ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, München 1977, § 11, II, 7 e § 4, I, 2 e III, 5; analogamente da ultimo nella 3a ed. del 1983.

[2] Ad esempio in A. Hueck 1963 e A. Söllner 1976 ss., vedi solo W. ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, cit., § 4 I 2; anche in W. DÜTZ, *Arbeitsrecht*, München 1990, § 1 I. Diversamente decide adesso la dettagliata presa di posizione di R. RICHARDI, *Dienstvertrag*, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, «Recht der Schuldverhältnisse», §§ 611-615, Berlin 198[12]9, qui pp. 110 ss., 117 ss., 125 ss., 202 ss.

[3] Vedi solo W. ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, cit., § 4 III 5; ampiamente critico ora R. RICHARDI, *Dienstvertrag*, cit., pp. 136 ss.

lotte intorno ai *principi* del diritto del lavoro. Gli uni lo vogliono intendere come *diritto speciale* (*Sonderrecht*) autonomo con princìpi suoi propri, gli altri vi riconoscono semplicemente una *specializzazione* per fattispecie particolari del diritto privato generale e dei suoi principi di libertà e di uguaglianza[4]. Una controversia assai simile, con slittamenti simili del contesto concettuale di base, viene condotta non a caso sul problema diritto commerciale-diritto d'impresa[5].

Queste lotte non sono assolutamente nuove o superate. Esse hanno le loro radici profonde nella formazione di un cosiddetto diritto privato *generale* nella teoria e nella legislazione a partire dal tardo illuminismo[6]. Solo questo conte-

[4] Questa chiara differenza contenutistica di specialistico (*sonderrechtlich*) e privatistico è spesso trascurata. Diritto del lavoro, inoltre, può essere inteso come ambito di diritto speciale nel senso di una classe di regole privatistiche particolari o come una competenza a sé all'interno del diritto costituzionale. Anche il fatto che da «dipendenza» non risulti ancora alcun principio, altrettanto poco che da tutela (*Schutz*), viene visto di rado chiaramente; su ciò cfr. sotto in prossimità della n. 252.

[5] Per uno sguardo d'insieme sull'oggi U. WOLTER, *Was ist heute Handelsrecht?*, in «Jura», 1988, pp. 169-178; P. RAISCH, *Handelsrecht heute: Handelsrecht oder Unternehmensprivatrecht?*, in «JurArbblätter», 1990, pp. 259-262, 328-331 e 369-375; molto cosciente del parallelismo ad esempio espressamente A. HUECK, *Handbuch des Arbeitsrechts*, libro I, Stuttgart 1922, p. 20: «diritto di un determinato ceto professionale, similmente al diritto commerciale»; analogamente H. HOENIGER, *Geleitwort*, in «Jahrbuch des Arbeitsrechts», 1, 1922, p. V.

[6] Una trattazione sufficientemente precisa e anche attenta alla questione di principio su questo problema manca. Ancora utile, nonostante tutti i pregiudizi, J.W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, parte I, Berlin 1910 (ora Frankfurt 1968), e inoltre A. ZYCHA, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit* (1937), 2a ed. inalterata Marburg 1949, qui parte IX: «Die Wirtschaftsliberalen Reformen», pp. 286-313. Ulteriori indicazioni e letteratura in G. WESENBERG-G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, Wien 1985[4], § 26. Cfr. molto in generale F. WIEACKER, *Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in *Festschrift Michaelis*, 1972, pp. 354-362; più concreto ed esemplare (per Savigny) H. KIEFNER, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1969, pp. 3-25. Preziosi anche diversi contributi della collana «Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert», hrsg. von H. COING e

sto rende possibile e allo stesso tempo problematica l'iscrizione in linea di principio dei contratti di lavoro all'interno del diritto privato. Lo svilupparsi del diritto del lavoro con o contro tale diritto privato è ancora oggi, come del resto un tempo, un problema assai dibattuto[7].

I suoi presupposti sono poco chiari. La presunta 'modernità' del diritto del lavoro non comincia semplicemente con l'industrializzazione o con la asserita origine del lavoro dipendente e dei problemi, del tutto nuovi, di tutela del lavoro nel XIX secolo. Storia del diritto non è ancora storia sociale e viceversa. Il nuovo nella storia del diritto comincia con le prime domande fondamentalmente privatistiche poste alle vecchie regole 'giuslavoristiche', che da sempre hanno regolato qualcosa di 'socialmente' problematico. L'insieme del concetto di libertà e dell'esperienza della reale illibertà producono il 'nuovo', e non semplicemente le prime forme di produzione industriali o la quantità di dipendenza in sé[8]. Se si pone il problema dalla prospettiva della libertà privatistica balza in primo piano la dipendenza, presente da

W. WILHELM, 6 voll., Frankfurt am Main 1974-1982; inoltre eccellente D. SCHWAB, *Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert*, in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1974-1975, pp. 509-556, e ultimissimamente K.W. NÖRR, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn 1991, su Savigny, Mohl, Stein, Jhering, Gierke e con un'importante formulazione di quattro modelli. Informazioni parziali si possono trarre da H. HATTENAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München 1982, e ultimamente anche da H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, München 1989, ad esempio pp. 43-45, 270-280, etc.

[7] Da ultimo ad esempio D. REUTER, *Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung*, Hamburg 1989; TH. RAMM, *Grundrechte und Arbeitsrecht*, in «Juristenzeitung», 46, 1991, pp. 1-16. Spunti interessanti in K. ADOMEIT, *Skizze einer Neubegründung unseres Individualarbeitsrechts*, in *Das Arbeitsrecht und unsere wirtschaftliche Zukunft*, München 1985; sempre di K. ADOMEIT, *Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis*, 1986.

[8] Importanti penetrazioni nel concreto offre lo studio specialistico di B. DOLEMEYER, *Bürgerliches Gesetzbuch oder Spezialgesetzgebung? Die Diskussion um die Regelung des Dienstvertrags in den sächsischen Kodifikationsentwürfen*, in *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, hrsg. von H. STEINDL, Frankfurt 1984, pp. 137-172.

secoli ma rientrante in svariati ambiti giuridici: degli schiavi, dei ceti, delle corporazioni o delle professioni. Sotto questa luce la dipendenza diventa apertamente un problema di diritto privato. Alcuni cominciano a reinterpretare in chiave sociale il diritto romano, ancora ieri apprezzato come liberale, e in modo particolarmente pregnante da Th. Mommsen[9], e ora invece accusato di essere troppo liberale[10]. Proprio su questo punto la spina del principio della libertà individuale non dà pace. Da qui l'affermazione di Bluntschli (1808-1881) del 1854 per il contratto di servizio salariato:

«... in opposizione al più rigido obbligo di servizio della gente soggetta a servitù nel Medioevo, vale oggi il moderno (!) principio per cui n e s s u n o può obbligare sé stesso a servizi verso l'altro i n d i s s o l u b i l m e n t e, rimanendo sempre possibile la rescissione del contratto per motivi gravi, e per cui inoltre anche nel tipo dei servizi richiesti devono essere rispettati la l i b e r t à p e r s o n a l e e i rapporti di umanità verso la parte servente»[11].

Le tradizionali regole illiberali del diritto dei servi agricoli etc. ora non vengono più comprese come diritto di ceto, ma come «diritto speciale» o come diritto privato mescolato al diritto di famiglia, cioè notoriamente come diritto privato non puro ma misto, «moralmente» eteronomo. Non di rado già presto e poi di nuovo negli anni Trenta anche il diritto del lavoro in genere viene raffrontato al diritto di famiglia[12].

[9] Th. MOMMSEN, *Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft*, discorso del 1848, pubblicato in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1907, pp. 580-591, qui pp. 582 s.: «e così anche il diritto civile è opera dei liberi romani... vi è in esso uno spirito... che forse spesso contrasta con il principio della reciproca solidarietà dei cittadini, ma non con quello della libertà dell'individuo».

[10] P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Fünf Vorträge*, Frankfurt a.M. 1900, p. 5, con rinvio alla sua Diss. phil. *Zur Volkswirtschaftslehre des Corpus iuris civilis*, 1891 e a J. Pfaff 1897. Ponendo diversamente l'accento Lotmar lo giudica troppo moderno, ma su ciò cfr. sotto in prossimità della n. 85.

[11] J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, II, München 1854, § 126, p. 57.

[12] Così J.C. BLUNTSCHLI, *ibidem*, pp. 56 s.; come voce tarda cfr. W.

Ciò rispecchia per così dire la lenta ascesa e una ridiscesa dal diritto privato.

Con «contratto di lavoro» ci si muove dunque in un campo centrale di concetti fondamentali della scienza giuridica, dalle molte singole connessioni e conseguenze dogmatiche. Ad essere coinvolti sono per esempio il concetto di diritto privato e diritto pubblico e diritto sociale, la concezione del diritto di tutela del lavoro, di antinfortunistica, di lavoro aziendale, i contratti tariffari e l'autonomia collettiva, il rispetto dei e la responsabilità dai contratti collettivi, la sopportazione del rischio in presenza di interruzioni casuali, il contratto come fonte di diritto in genere, etc. Le possibilità di fare dei progressi in queste questioni fondamentali attraverso la ricognizione storica degli sviluppi e delle valutazioni non sono state ancora sfruttate neanche alla lontana. La bibliografia abbastanza informativa apparsa nel frattempo sulla storia del diritto del lavoro intorno al 1900[13] rimane piuttosto semplicemente descrittiva. Essa è

SIEBERT nel 1935 (sotto p. 361) e invece contro nel 1943 lo svizzero A. GYSIN, *Arbeitsrecht. Mit einer Übersicht über Lösungsversuche des Auslands*, Zürich 1943, p. 25 con un rimando anche a Nikisch.

[13] Cfr. soprattutto Th. RAMM, *Die Arbeitsverfassung des Kaiserreichs*, in *Festschrift W. Mallmann*, Baden-Baden 1978, pp. 191-211; oltre a ciò E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, 1969, Stuttgart 1982², Teil E: *Wirtschaftsstaat und Sozialstaat*, pp. 973-1256; A. SÖLLNER, *Der industrielle Arbeitsvertrag in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für H. Coing*, Frankfurt a.M. 1972, pp. 288-303; K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag bis zum Ende der Weimarer Republik, insbesondere ein Beitrag zum Arbeitsvertrag von Philipp Lotmar*, Diss. iur., Münster 1974; H.-J. TEUTEBERG, *Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus und ihre Gegner, dargestellt an der prinzipiellen Erörterung des Arbeitsvertrages im Verein für Sozialpolitik* (Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, 2), Frankfurt a.M. 1977, pp. 47-73; J. RÜCKERT-W. FRIEDRICH, *Betriebliche Arbeiterausschüsse in Deutschland, Großbritannien und Frankreich im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Frankfurt 1979; H. STEINDL (ed), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt 1984, e qui in particolare G. BENDER, *Strukturen des kollektiven Arbeitsrechts vor 1914*, pp. 251-294; B. HEPPLE (ed), *The Making of Labour Law in Europe*, London 1986; un importante sguardo d'insieme sull'Europa in Th. MAYER-MALY, *Arbeitsrecht*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschich-*

per lo più imprigionata in concezioni antiliberali preconfezionate dell'epoca di Weimar e del nazionalsocialismo, oppure, come di recente con Picker, orientata, con una svolta radicale, troppo strettamente e addirittura finalisticamente in senso 'privatistico'[14]. Ai testi dei classici della politica sociale, meritatamente riscoperti, Picker sottopone esattamente l'odierna questione di «principio di contratto o principio di lotta» nel diritto di coalizione. Ciò sarebbe estremamente interessante e fecondo se al contempo i contesti e le condizioni contemporanei, assai diversi, delle risposte non fossero offuscati nell'essenziale e non venissero così spesso offerti frammenti di posizione, ad esempio su Gierke e Schmoller, da cui ha quindi origine una catena di prese di posizione, giusta «già allora», a favore del principio di contratto[15]. Tanto più significativi sono allora studi come quelli

*te*, hrsg. von H. COING, III/3, München 1986, pp. 3635-3742, sull'Impero tedesco fino al 1900 *ibidem*, pp. 3703-3716; cfr. di recente W. KLATT, *Treuepflichten im Arbeitsverhältnis. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Pfaffenweiler 1990 (Diss. iur. Freiburg), con alcuni utili rinvii a sentenze, e Th. WEISS, *Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts und das BGB*, Baden-Baden 1991, Diss. iur., Göttingen 1990, con ampia eco dei dibattiti del *Reichstag*, per il resto entrambi sostanzialmente compilano il già noto; come scarno sguardo d'insieme sulla dogmatica cfr. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, cit., cap. 6: «Die Anfänge des modernen Arbeitsrechts», pp. 185-206; R. DUBISCHAR, *Zur Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft als Scientific Community. Eine Erinnerung*, in «Recht der Arbeit», 1990, pp. 83-97.

[14] In questo senso anzitutto a buon diritto E. PICKER, *Die Regelung der «Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen» – Vertragsprinzip oder Kampfsprinzip?*, Köln 1988, e la versione ridotta, in parte rielaborata, del medesimo lavoro in «Zeitschrift für Arbeitsrecht», 17, 1986, pp. 199-339.

[15] Su ciò si ritornerà spesso più in là nel testo. Nel contesto dovrebbero essere inclusi il ruolo della lotta operaia e del dibattito in merito nel nesso guglielmino di costituzione (Stato di diritto?), amministrazione (vincolo alla legge?), polizia (diritto di associazione e di coalizione), diritto penale (diritto penale di coalizione) ed altro ancora, che nei testi sul problema sono a quel tempo presupposti e che contribuiscono a determinare la disposizione normativa. Partendo da qui ci sarebbe almeno da verificare qualche distorsione. Nelle sentenze tali nessi sono ora mostrati in modo esemplare da R. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rspr. des Reichsgerichts vor 1914*, 1988, cfr. solamente la sua *Zusammenfassung*, e da G. BENDER, *Die schwierige Koalitionsfreiheit*, in *Rechtsgeschichte in den bei-*

di Solari e Schwab che dal dibattito contemporaneo distillano le argomentazioni sui principi[16]. Anche per la teoria generale di un diritto privato, qui posta in rilievo come complemento del diritto del lavoro, per i suoi principi e i suoi concetti essenziali, i materiali interpretativi a nostra disposizione non sono stati ancora messi insieme in modo da avere profili chiari ed elaborati.

## 2. Storia del concetto

Per entrare in tema scelgo – in sintonia con il programma di questo convegno – la storia dei concetti nell'accezione comprensiva di R. Koselleck[17]. Il 'contratto di lavoro' si presta molto bene ad essere indagato come «concetto-guida del movimento storico» (p. XIII), come «fattore e indicatore di movimento storico» (p. XIV). Il movimento storico intorno al 'contratto di lavoro' si concentra tra il 1870 e il 1920. Esso rimanda spesso allo stesso tempo tanto indietro al tardo illuminismo liberale e alla sua controparte assistenziale-assolutistica, come in avanti, al pluralismo dello Stato di diritto liberale e a varianti diverse del collettivismo. Anche per questa storia vale: «che la storia si sedimenti in determinati concetti e che divenga storia solo come di volta in volta viene compresa, è la premessa teorica del metodo storico qui applicato» (p. XXIII).

*den deutschen Staaten (1988-1990)*, hrsg. von H. MOHNHAUPT, Frankfurt 1991, pp. 466-490.

[16] G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), ed. postuma a cura di P. UNGARI, Milano 1980; D. SCHWAB, *Arbeit und Eigentum*, cit., e l'intero volume dei «Quaderni fiorentini», 3-4, 1975, su «Il socialismo giuridico». Più in generale anche L.H.A. GECK, *Zur Sozialreform des Rechts. Die soziale Problematik in der Rechtsphilosophie der Neuzeit*, Stuttgart 1957, proprio anche su economisti.

[17] Cfr. R. KOSELLECK, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK, I, Stuttgart 1972, pp. XIII-XXVII. I numeri di pagina corrispondenti alla citazione sono indicati nel testo.

'Contratto di lavoro' – lo si vedrà – diviene nel tardo XIX secolo, sotto determinate condizioni contestuali di tipo giuridico, economico, sociale e politico, un termine suscettibile di produrre e di essere oggetto di teoria. Con lo sguardo rivolto a queste condizioni il mio scopo odierno è quello di far parlare il concetto-base 'contratto di lavoro'. Uno sguardo nella storia della terminologia ci fornisce immediatamente un quadro caratteristicamente diversificato nella legislazione e nella letteratura.

### 3. La terminologia della legislazione

I termini legislativi rinvenibili nel diritto privato del XIX secolo in Germania sono *Verträge über Handlungen* (così nella Revisione legislativa prussiana [*Preußische Gesetzrevision*] del 1831 e già nell'*Allgemeines Landrecht* del 1794) o *Bestandsvertrag* e *Dienstverding* (Baden, 1810), *Dienstverdingung* (progetto di codificazione di Dresda del 1866, progetto dell'Assia del 1853, e progetto bavarese del 1861)[18] o *Dienstvertrag* nell'*ABGB* [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*] austriaco del 1811, nel *BGB* [*Bürgerliches Gesetzbuch*] sassone del 1863/65, nell'*Obligationen-Recht* svizzero del 1881, nel *BGB* [*Bürgerliches Gesetzbuch*] del 1896/1900[19]. Numerose proposte presentate da Stadthagen

[18] Su ciò cfr. le attestazioni in *Die Vorlagen der Redaktoren für die 1. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB*, hrsg. von W. Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse*, parte 2, Berlin-New York 1980, p. 563, ai §§ 614 ss., p. 3; G. Bernert, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert*, Marburg 1972, pp. 56 s. con p. 330 (qui le fonti!) sul *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (*CMBC*) del 1756, pp. 59 s. e 184 con pp. 332 ss. e 339 s. sull'*Allgemeines Landrecht* (*ALR*) del 1794 e sulla *Gesetzrevision* del 1831, p. 148 con pp. 337 s. sul Baden del 1810, pp. 199 s. con p. 344 sull'Assia, p. 209 con p. 347 sulla Baviera, p. 224 con pp. 350 s. sul progetto di codificazione di Dresda.

[19] Cfr. G. Bernert, *Arbeitsverhältnisse*, cit., p. 157 e 190 con p. 338 sulla Sassonia, p. 242 con p. 352 sul *BGB* del 1896. Sull'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, sull'*Obligationsrecht* (*OR*) e sul *BGB* vedi E. Cesana-Giebel, *Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrages mit einem kurzen Überblick über dessen Regelung in den modernen Privatrechtskodifikationen*, Diss. iur., Zürich 1898, qui pp. 16, 20.

e altri in rappresentanza della SPD al *Reichstag* di introduzione dell'espressione «contratto di lavoro» (*Arbeitsvertrag*) in considerazione della situazione reale dell'economia capitalistica e del «contratto di lavoro qual è realmente» fallirono[20]. Secondo il commissario al Consiglio federale [*Bundesrat*] Struckmann il termine «contratto di lavoro» rinviava troppo al solo lavoro fisico, secondo il relatore Enneccerus, che più tardi scriverà un manuale di guida al *BGB*, esso non comprendeva i contratti di servizio delle libere professioni che pure venivano regolati insieme[21].

Tutti questi testi preservano quindi l'imputazione di principio di t u t t i i contratti sul lavoro al diritto privato, nessuno di questi testi parla di «contratto di lavoro».

L'espressione «contratto di lavoro», e usata sempre in riferimento a gruppi di persone determinati, si trova, invece, in l e g g i n o n p r i v a t i s t i c h e dell'Impero, come l'Ordinamento delle attività produttive (*Gewerbeordnung*) (qui nella versione del 1878), la legge di assicurazione contro l'invalidità (del 1889 e 1899) e la legge di assicurazione contro le malattie (nella versione del 1892, cfr. anche quella del 1886)[22]. Era qui essa intesa come diritto speciale o come specializzazione del diritto privato?[23] La più ovvia è la prima possibilità, dato che si intendevano apportare c o r r e z i o n i al diritto privato partendo da nuovi principi, come ad esempio la tutela del lavoro, e che non si tendeva all'instaurazione di libertà effettiva. Ma le correzioni possono essere intese

[20] Vedi *Stenographische Berichte des Reichstags*, 111a seduta del 22 giugno 1896, pp. 44 ss., e inoltre H.H. JAKOBS-W. SCHUBERT (edd), *Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse II*, Berlin 1980, qui ai §§ 611 s., p. 754-57 e il resoconto contemporaneo datone dal «Vorwärts» in Th. VORMBAUM, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation*, Berlin 1977, pp. 180-183; adesso soprattutto e più da vicino Th. WEISS, *Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts*, cit., pp. 75-78. Su Stadthagen vedi sotto più circostanziatamente il testo presso la n. 131.

[21] In Th. WEISS, *Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrecht*, cit., p. 77.

[22] Su ciò Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Leipzig 1902, p. 53.

[23] Sulla differenza cfr. sopra il testo presso la n. 3.

anche in senso giuspubblicistico. In questo caso il diritto privato è modificato (in via eccezionale?) all'interno della dicotomia diritto pubblico-diritto privato, senza però che si parli di un diritto speciale accanto al diritto privato e al diritto pubblico. Segnata dalla presenza di un diritto speciale è invece la Costituzione dell'Impero tedesco dell'11 agosto 1919, qui presa in considerazione nella sezione «La vita economica», artt. 151-165. In questo senso l'esortazione dell'art. 157, II capoverso, predica: «L'Impero crea un diritto del lavoro unitario». Le differenze riscontrate necessitano di una più precisa considerazione.

La legislazione mostra dunque nel diritto privato una perdurante avversione verso la nuova terminologia di espressioni composte con «... lavoro». Fuori invece dal diritto privato si vede un'apertura ad essa. Il problema che da ciò risulta, della delimitazione, sintonizzazione o di ridefinizione delle espressioni utilizzate partendo dal concetto di diritto privato, rimane virulento fino ad oggi.

## 4. La terminologia della letteratura

La letteratura presenta fino al 1870 circa un'immagine assai simile a quella delle legislazioni, un'immagine dominata dal diritto privato, senza approfondire l'origine di diritto comune, di diritto particolare, romanistica o germanistica che fosse[24]. Il germanista J.C. Bluntschli, di per sé particolarmente aperto, ancora nel 1864 ha parlato espressamente nel suo *Deutsches Privatrecht* di «contratto di servizio salariato» (*Lohndienstvertrag*) e di «contratto di servizio libero» (*Freidienstvertrag*), ma non di «contratto di lavoro»[25].

[24] Sulla terminologia della letteratura cfr. brevemente Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, I, cit., p. 55; E. CESANA-GIEBEL, *Terminologie und Wesen*, cit.; G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse*, cit., p. 56 sulla letteratura di diritto comune, p. 56 sul *CMBC* del 1756, e così via come sopra alle n. 7 e 8: egli sulle leggi cita per lo più la letteratura giuridica.

[25] Su ciò specialmente H. KRAUSE, *Der deutschrechtliche Anteil an der*

All'incirca dopo il 1870 si introduce una nuova terminologia con espressioni composte con «lavoro» in modo così prorompente che solo un rilevamento più preciso può fare chiarezza. La compilazione che segue, nella combinazione delle copiose attestazioni tratte dalla *Bibliotheca juridica* (*BJ*) per il 1750-1876[26], dalla *Bibliographie der Social-Politik* di Stammhammer per il periodo che va all'incirca dal 1848 al 1911[27], dall'abbondante bibliografia sulla questione operaia nella rivista «Der Arbeiterfreund»[28], dalla *Bibliographie des bürgerlichen Rechts* di Maas per il 1888-1898 circa[29], dallo «Jahrbuch des Deutschen Rechts» (per il 1900 e seguenti)[30], dallo «Jahrbuch des Arbeitsrechts» (per il 1918 e seguenti)[31], dal lavoro di Windscheid del 1906[32] per il diritto comune e il primo *BGB*, dal lavoro di Gierke del 1917 per il cosiddetto diritto tedesco e particolare[33], dal

*heutigen Privatrechtsordnung*, in «Juristische Schulung», 10, 1970, pp. 313-321, che però in modo un po' esagerato scrive: «Solo uno comprese l'imperativo del momento». Bluntschli si era espresso dapprima nel 1851, poi nel 1854 e più in là, soprattutto nel contesto della sua elaborazione della legislazione zurighese (in merito ad esempio Th. MAYER-MALY, *Arbeitsrecht*, cit., p. 3680). Altre cose in merito tocca E. PICKER, *Die Regelung*, cit., nelle nn. 131 e 154.

[26] I, Leipzig 1840², e supplemento ai voll. I, II, III, rispettivamente del 1849, 1867, 1877.

[27] J. STAMMHAMMER, *Bibliographie der Social-Politik*, 2 voll., Jena 1896-1912, che accoglie molto generosamente anche la copiosa letteratura non giuridica.

[28] 1863-1914, bibliografia separata a partire dal 1902; purtroppo lo spoglio bibliografico è completo solo per il 1883-1890 e 1907-1914.

[29] G. MAAS, Leipzig 1900.

[30] H. NEUMANN (ed), voll. I-XX, Berlin 1904-1921, rispettivamente ai §§ 611 ss.

[31] Di H. HOENIGER-R. SCHULTZ-E. WEHRLE, Stuttgart 1922 ss.

[32] *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a. M. 1906⁹, qui le indicazioni nei §§ 399, 401.

[33] O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III: *Schuldrecht*, München und Leipzig 1917, ai §§ 199 s. (= *Bindings syst. Handbuch der Rechtswissenschaft*).

van der Borght del 1904 per la politica sociale[34], dal Bernert del 1972[35] come inventariazione moderna, e unitamente ad alcune integrazioni, dovrebbe essere abbastanza completa e libera da svarioni rilevanti[36]. La compilazione comprende opere monografiche, saggi dalle riviste più importanti, e alcune importanti e più grosse sezioni di manuali dedicate a contratto di lavoro-diritto del lavoro come tema complessivo. Essa comprende accanto alla letteratura giuridica anche quella non giuridica 'politico-sociale'. Solo con la combinazione dei due gruppi di letteratura si può infatti trovare l'indicatore del concetto giuridico di base 'contratto di lavoro', per una storia del concetto che prende forma dalla e dà forma alla politica sociale[37]. Nella compilazione infine sono presi in considerazione, a scopo di verifica, anche lemmi direttamente legati a quello di contratto di lavoro, come «diritto del lavoro», «diritto dei lavoratori» e simili.

La terminologia mostra i sette seguenti lemmi e relativi sviluppi:

*a*) *Arbeits-Vertrag* (contratto di lavoro) o *Arbeitsvertrag*, *b*) *Arbeiter-Vertrag* (contratto dei lavoratori) o *Arbeitervertrag*, *c*) *Arbeiterrecht* (diritto dei lavoratori), *d*) *Arbeitsrecht* (diritto del lavoro), *e*) *Arbeitsmiete* (locazione d'opera), *f*) *Arbeitsgeschäft* (negozio di lavoro) e *g*) *Arbeitsverhältnis* (rapporto di lavoro). Mancando, per quanto a mia conoscenza, una più precisa rassegna bibliografica completa sull'argo-

[34] R. VAN DER BORGHT, *Grundzüge der Sozialpolitik*, Leipzig 1904, la bibliografia a pp. 520 ss. nel cap. V: «Arbeitsvertrag».

[35] Vedi la n. 19.

[36] Solo una scarna selezione offrono ad esempio Th. MAYER-MALY, *Arbeitsrecht*, cit., ma anche la nota classica opera di H. HERKNER, *Die Arbeiterfrage*, 1891, Berlin 1922.

[37] Sorprendentemente superficiali per materiale ed analisi rimangono nei loro poderosi contributi autori solitamente penetranti come Th. MAYER-MALY, *Arbeitsrecht*, cit., pp. 3635 s. su «Concetto e terminologia», o R. RICHARDI, *Dienstvertrag*, cit., pp. 102 ss.

mento[38], la stessa viene fornita qui di seguito in ordine cronologico[39]:

*a*) *Arbeits-Vertrag* o *Arbeitsvertrag* è abbondantemente presente all'incirca dal 1870:

Engel E. (1867), *Der Arbeitsvertrag und die Arbeitsgesellschaft (Industrial Partnership)*, in «Der Arbeiterfreund», V, 1867, pp. 129-154*;

Bitzer F. (1872), *Der freie Arbeits-Vertrag und die Arbeits-Ordnungen*, Stuttgart 1872, pp. 81*;

Landgraf J. (1873), *Die Sicherung des Arbeitsvertrages. Eine juridisch-ökonomische Studie* (Deutsche Zeit- und Streitfragen, II, 30), Berlin 1873, pp. 64 [*BJ*, Stammhammer; Schmoller 1874, citato qui come Landgraff];

Oppenheim H.B. (1873), *Der Arbeitsvertrag und das Strafrecht*, in «Die Gegenwart», 4, 1873 [Stammhammer];

Holdheim P. (1874), *Der Arbeits-Vertrag in seiner systematischen Stellung. Eine Studie zur Fabrikgesetzgebung*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», XXX, 1874, pp. 247-264*;

Verein für Socialpolitik (1874), *Über die Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches. Gutachten auf Veranlassung des Vereins für Socialpolitik abgegeben von F. Knauer, C. Roscher, G. Schmoller, F. W. Brandes, L. Brentano, M. Hirsch* (Schriften des Vereins für Socialpolitik, 7), Leipzig 1874, p. VI e 237 (ristampa, Lichtenstein 1988)*;

[38] Anche dalla *Bibliotheca juridica* e dal I volume di Stammhammer i titoli possono essere ricavati solo attraverso l'indice analitico, e nell'«Arbeiterfreund» essi devono essere selezionati.

[39] Dato che la letteratura è dispersa in vari campi disciplinari, in parte rintracciabile solo con difficoltà e non di rado segnalata in modo erroneo, i titoli a mia disposizione sono contrassegnati da un asterisco, altri, se possibile, con l'indicazione abbreviata della fonte in cui è attestata, tra parentesi quadre. Le abbreviazioni si possono sciogliere senza difficoltà attraverso i titoli che ho appena citato all'inizio. I numeri seguiti dal punto stanno ad indicare numeri di riviste o simili, non numeri di pagina.

Schmoller G. (1874), *Die Natur des Arbeitsvertrags und der Contractbruch*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», XXX, 1874, pp. 449 ss.; anche in «Schriften des Vereins für Socialpolitik», 7, 1874, pp. 71-123*; ripubblicato in G. Schmoller, *Zur Sozial- und Gewerbepolitik der Gegenwart. Reden und Aufsätze*, Leipzig 1890;

Roscher C. (1874), *Der Bruch des Arbeitsvertrags. Gutachten*, in «Schriften des Vereins für Socialpolitik», 7, 1874, pp. 19-70*; anche in «Deutsche Industrie-Zeitung», Chemnitz 1873, numero 27 s. [Stammhammer];

Brentano L. (1874), *Die Sicherung des Arbeitsvertrags. Gutachten*, in «Schriften des Vereins für Socialpolitik», 7, 1874, pp. 133-152*;

Hirsch M. (1874), *Über den Bruch des Arbeitsvertrags. Gutachten*, in «Schriften des Vereins für Socialpolitik», 7, 1874, pp. 153-237*;

Kowalzig F. (1875), *Über Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches und über Gewerbegerichte. Umschau und Kritik*, Berlin 1875, pp. 44 [*BJ*];

Oppenheim H.B. (1875), *Die Gewerbefreiheit und der Arbeitsvertrag* (Deutsche Volksschriften, 5), Breslau 1875 [Stammhammer];

Schreiber K. (1887), *Der Arbeitsvertrag nach heutigem österreichischem Privatrecht systematisch dargestellt*, in «Allgemeine österreichische Gerichtszeitung», 38, (Wien) 1887, pp. 25-28, 33-35, 41-43, 49-51, 57-60, 65-66, 73-75, 81 s., 89 s., 97-99*; anche separatamente Wien 1887, pp. VI e 43 [«Der Arbeiterfreund», 1887] (senza trattazioni di principio);

Loening E. (1890), *Arbeitsvertrag*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I, Jena 1890, pp. 742-750*;

Brentano L. (1890), *Arbeitseinstellungen und die Fortbildung des Arbeitsvertrags*, in «Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik», 47, 1890, pp. 119-130*;

Schmoller G. (1890), vedi Schmoller (1874);

Pfizer G. (1892), *Sociales Recht: Arbeitsertrag und Arbeitsvertrag*, in «Allgemeine Zeitung», Beilage Nr. 159, pp. 4-7 [Maas];

Brentano L. (1892), *Über die Fortbildung des Arbeitsvertrages. Vortrag*, in *Deutsche Worte*, XII, Wien 1892, pp. 63-82*;

Muntsch C. (1893), *Miete und Pacht, Gesinde- und Arbeitsvertrag nach gemeinem Rechte im Königreich Bayern... für Juristen und Laien bearbeitet*, München 1893, pp. VI + 97 [Maas];

Lipinski R. (1894), *Der Arbeitsvertrag. Eine Klarlegung des Arbeitsvertrages, bearbeitet auf Grund der Gewerbeordnung, der einschlägigen Reichsgesetze und erfolgter Gerichtsentscheidungen*, Leipzig 1894, pp. 31 [Maas];

Lössl H. (1894), *Zur Construction des Arbeitsvertrages*, in «Juristische Blätter», 23, 1894, pp. 337-340, 349 s., 361 s. [Maas];

Ingwer I. (1895), *Der sog. Arbeitsvertrag. Eine socialpolitische Studie*, Wien 1895, pp. 35*;

Kurz M. (1895), *Über Arbeitsverträge*, in «Monatsschriften für Christliche Sozialreform», 17, (St. Pölten) 1895, pp. 392-400, 462-466, 489-495, 549-555*;

Kohler J. (1895), *Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 84, 1895, pp. 1-31*;

Lehmkuhl A. (1895), *Arbeitsvertrag und Strike* (Die soziale Frage, beleuchtet durch die «Stimmen aus Maria Laach», 2), Freiburg 1895[3], pp. III e 62; 1904[4] [Maas];

Mohr K.J.P. (1895-96), *Beitrag zur Lehre von der Beschränkung des freien Arbeitsvertrages durch die Deutsche Sozialgesetzgebung der Jahre 1869-1896 unter vorwiegender Berücksichtigung des gewerblichen Arbeitsvertrages*, Diss. jur., Greifswald 1895-96;

Licht St. (1898), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag in der Rechtsdurchsetzung*, Brünn 1898, pp. XII + 191 [Maas];

Endemann F. (1898), *Arbeitsverträge, in Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, Berlin 1898[3], §§ 172-179, pp. 773-814*;

Loening E. (1898), *Arbeitsvertrag*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I, Jena 1898[2], pp. 979-993*;

Nothardt J. (1899), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag und seine Beschränkungen*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», LV, 1899 [Stammhammer];

Flesch K. (1901), *Zur Kritik des Arbeitsvertrags. Seine volkswirtschaftlichen Funktionen und sein positives Recht. Soziale Erörterungen*, Jena 1901, pp. 36*;

Will D. (1901), *Schutz der Arbeit im gewerblichen Arbeitsvertrag*, in «Sociale Revue», I, (Essen) 1901, nn. 3 e 4 [Stammhammer, van der Borght];

Endemann F. (1902), *Arbeitsverträge*, in *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin 1903[9], ristampa inalterata dell'8a ed. del 1902, §§ 172-179, pp. 1076-1128*;

Hamm K. (1902), *Der Arbeitsvertrag nach österreichischem Recht...*, Linz 1902 [Stammhammer];

Lotmar Ph. (1902), *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Leipzig 1902, pp. XXI + 827*;

Prenner S. (1902), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach deutschem Recht... Ein Leitfaden...*, München 1902 [Stammhammer];

Sinzheimer H. (1902), *Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag auf reichsrechtlicher Grundlage*, Berlin 1902 [Stammhammer];

Liebknecht W. [ma K. [40]] (1903), *Der Arbeitsvertrag*, in «Die Neue Zeit», 21, II, 1903, pp. 331-343*;

[40] Si veda in merito sotto p. 316 e n. 145.

Sigel W. (1903), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB*, Stuttgart 1903, pp. VIII + 192*;

Baum G. (1903), *Das Recht des Arbeitsvertrages und die Rechtswissenschaft*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», IX, 1903-04, n. 10 [Hess];

Fuld L. (1904), *Arbeitsvertrag und Arbeitsgerichte*, in «Zeitschrift für Socialwissenschaften», 7, 1904, pp. 392-398* [Stammhammer];

Flesch K. (1905), *Die Tragödie des Arbeitsvertrags*, in «Süddeutsche Monatshefte», 2, I, 1905, pp. 239-243*;

Hess W. (1905), *Einfache und höhere Arbeit. Eine sozialpolitische Untersuchung zum Arbeitsvertrag des BGB*, Jena 1905, pp. XI + 77 (anche Diss. phil. Jena)*;

Leidig (1905), *Der Arbeitsvertrag. Vortrag im Verein für Socialpolitik, September 1905*, in «Deutsche Industrie-Zeitung», 16 febbraio 1906 [Stammhammer];

Schildbach B. (1905), *Der korporative Arbeitsvertrag*, in «Socialistische Monatshefte», 9, 1905 [Stammhammer];

Berléung R. (1906), *Entwicklungsgeschichte des Arbeitsvertrages in den deutschen Territorien seit dem Reichsschluß von 1731 bis zur Einführung der Reichsgewerbeordnung 1870/71*, Diss. staatswiss., München 1906, pp. XI + 93 (relatore L. Brentano)*;

Prenner J.B. (1907), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach deutschem Recht*, München 1907² [1a ed. 1902], pp. XII, 156 [«Der Arbeiterfreund», 1907];

Meyer A. (1907), *Die Lehre von der Gefahrtragung beim Arbeitsvertrag*, Bonn 1907, pp. 52 [«Der Arbeiterfreund», 1907];

Markus (1907), *Der Arbeitsvertrag nach deutschem Reichsrechte*, in «Gesetz und Recht», 1907, n. 10 [«Der Arbeiterfreund», 1907];

Zimmermann W. (1907), *Der sogenannte kollektive Arbeitsvertrag*, in «Deutsche Wirtschaftszeitung», 1907, n. 24, e 1908, nn. 1 e 2;

Lotmar Ph. (1908), *Der Arbeitsvertrag...*, II, Leipzig 1908, pp. XVIII + 1049*;

Jehle G. (1908), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag*, in «Sociale Technik», 1908, n. 27 [Stammhammer];

Arbeitsvertrag (1908), *Wo bleibt die Freiheit des Arbeitsvertrages?*, in «Die Arbeitgeber-Zeitung», 1908, n. 14 [«Der Arbeiterfreund», 1908];

Loening E. (1909), *Arbeits- und Dienstvertrag*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I, 1909[3], pp. 1162-1176*;

Zimmermann F.W.R. (1909), *Der Arbeitsvertrag und die Juristen*, in «Die Hilfe», 1909, n. 5 [Stammhammer];

Braecklein (1909), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Mit dem Muster einer Arbeitsordnung als Anhang*, Berlin 1909, pp. 55 [«Der Arbeiterfreund», 1909];

Baum G. (1910), *Die Literatur über den Arbeitsvertrag...*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 16, 1910-11;

Elster A. (ed) (1910), *Lexikon des Arbeitsrechts*, Jena 1910, pp. VI e 228*;

Asmis W. (1910), *Der landwirtschaftliche Arbeitsvertrag nach bürgerlichem und nach Gesinderecht*, Berlin 1910 [Stammhammer];

Arbeitsvertrag (1910), *Der Arbeitsvertrag ein «Gesellschaftsvertrag»*, in «Wahrheit», 1910, n. 20, [Stammhammer];

Gödel F. (1910), *Der Arbeitsvertrag der Landarbeiter*, Diss. Leipzig 1910 [Stammhammer];

Steffen G.F. (1910), *Die Freiheit des Arbeitsvertrages*, in *Lebensbedingungen moderner Kultur*, Jena 1910, pp. 201-331 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Fuld L. (1910), *Kündigung des Arbeitsvertrages und Schadensersatzpflicht*, in «Der Arbeitgeber», 1910, n. 19 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Schulte B. (1911), *Lohneinbehaltung und Lohnverwirkung im gewerblichen Arbeitsvertrage*, Diss. Erlangen, Dortmund 1911 pp. 52 [«Der Arbeiterfreund», 1912];

Baum G. (1911), *Das Recht des Arbeitsvertrages*, Leipzig 1911 [Vortragssammlung; Potthoff 1912];

Imle F. (1911), *Fortschritte in der neuzeitlichen Regelung des Arbeitsvertrages*, in «Monatsschriften für christliche Sozialreform», 1911, 11 [«Der Arbeiterfreund», 1912];

Zimmermann W. (1912), *Arbeitsvertrag und gute Sitten*, in «Soziale Praxis», 1911-12, n. 16 [«Der Arbeiterfreund», 1912];

Vogel K. (1913), *Das Recht des Arbeitsvertrages nach dem BGB, HBG, Gewerbeordnung, Seemannsordnung, Binnenschiffahrtsgesetz und den Gesindeordnungen für die Hansestädte, Provinz Hannover, Oldenburg und Mecklenburg*, Bremen 1913, pp. 171 + V [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Wissell R. (1913), *Der Arbeitsvertrag. Führer durch das gewerbliche Arbeitsverhältnis der Arbeiter*, Berlin, «Vorwärts», 1913, pp. 80, [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Zahnbrecher Frz. (1913), *Der gewerbliche Arbeitsvertrag*, Kempten 1913, pp. X + 208 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Flesch K. (1913), *Die Arbeitsverträge der Arbeitgeber des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, in «Soziale Praxis», 1913, n. 20 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Arbeitsvertrag (1913), *Gesetzgebung und Literatur über den Arbeitsvertrag 1910-1913*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 1913, n. 11 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Landsberg O. (1913), *Die Kündigungsfrist des gewerblichen Arbeitsvertrages*, in «Annalen für soziale Politik», 1913, II, nn. I e II [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Maroke (1913), *Individual- oder Kollektivarbeitsvertrag in den Gemeindebetrieben*, in «Kommunale Praxis», 1912, n. 51 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Rohn W. (1913), *Der Arbeitsvertrag der Bergarbeiter*, Marburg 1913, pp. VIII + 88 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Müller M. (1914), *Lohnkampf, Arbeitsvertrag und die Koalitionen in der deutschen Judikatur*, Leipzig 1913, pp. 75 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Flesch K. (1914), *Arbeitsvertrag*, in *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften*, I, 1914, pp. 149-154 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Sinzheimer H. (1914), *Das Recht auf Offenlegung im Arbeitsvertrag*, in «Soziale Praxis», 1914, n. 20 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

L'espressione *Arbeitsvertrag* assume, come si vede chiaramente, un posto importante assai prima delle altre nuove coniazioni.

*b) Arbeiter-Vertrag* o *Arbeitervertrag* è espressione in disuso e poco diffusa. La si trova in:

Dankwardt H. (1875), *Der Arbeiter-Vertrag*, in «Jherings Jahrbücher», 14, 1875, pp. 228-340*;

Richthofen-Rosen B., von (1891), *Der ländliche Arbeitervertrag als ein Hilfsmittel bei der Ordnung ländlicher Arbeiterverhältnisse dargeboten*, Breslau 1891 [Maas, Stammhammer];

Endemann W. (1897), *Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht*, Jena 1897, pp. 92 (p. 74: *Arbeiter-Vertrag*) (contemporaneamente in «Conrads Jahrbuch», 67, 1896, pp. 641-708) [Maas].

Il termine *Arbeiter*, inoltre, è qui usato in senso largo, non limitatamente cioè ai lavoratori dipendenti.

*c) Arbeiterrecht* è il corrispondente di *Arbeitervertrag*, come si vede in:

Dühring E. (1866), [*Denkschrift über Arbeiterrecht an Bismarck*[41]];

Dankwardt H. (1875) (vedi sopra sotto b)), Sezione II: *Das Arbeiterrecht*;

Bornhak C. (1892), *Das deutsche Arbeiterrecht. Systematisch dargestellt*, in «Annalen des deutschen Reiches», 1892, pp. 501-690*;

[41] Pubblicato dapprima anonimo, e in seguito da H. Wagener, vedi G. ALBRECHT in «Soziale Praxis», 35, 1926, pp. 702 s.

Stadthagen A. (1895), *Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland aus dem gewerblichen Arbeitsvertrag...*, Berlin 1895, pp. 352*;

Stadthagen A. (1900), *Das Arbeiterrecht*, cit., 1900[2], pp. XX e 448*; Stuttgart 1900[3];

Maas G. (1900), *Darstellungen des Gesinde- und Arbeiterrechts*, in *Bibliographie des bürgerlichen Rechts*, Leipzig 1900, p. 168 ss.*;

Stadthagen A. (1904), *Das Arbeiterrecht*, cit., Stuttgart 1904[4], pp. XVI e 627* [1a ed. 1895];

Naumann Fr. (1910), *Das Arbeiterrecht*, in «Die Hilfe», 1910, 43 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Kleeis F. (1910), *Die Vereinheitlichung des Arbeiterrechts*, in «Die Neue Zeit», 1910, n. 28 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Heyde L. (1910), *Die Reformbedürftigkeit des Arbeiterrechts*, in «Gewerkverein», 1911, pp. 35 ss. [«Der Arbeiterfreund, 1911];

Potthoff H. (1911), *Grundfragen des Arbeiterrechts*, in «Annalen des deutschen Reichs», 1911, n. 9 [«Der Arbeiterfreund»];

Potthoff H. (1911), *Volkswirtschaftliche Aufgaben des Arbeiterrechts*, in «Recht und Wirtschaft», 1911, n. 1 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Potthoff H. (1911), *Zur Literatur des Arbeiterrechts*, in «Volkswirtschaftliches Blatt», 1911, n. 8 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Potthoff H. (1911), *Die Zukunft des Arbeiterrechts*, in «Das Freie Wort», 1911, n. 21 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Sinzheimer H. (1912), *Die Förderung des Arbeiterrechts durch die Arbeiterbewegung*, in «Korrespondenzblatt der Generalkommission der Gewerkschaften», 1912, n. 32 [«Der Arbeiterfreund», 1912];

Jentsch K. (1912), *Arbeiterrecht*, in «Die Zukunft», 1912, n. 8 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Evert G. (1913), *Taschenbuch des Gewerbe- und Arbeiterrechts*, Berlin 1913[4], pp. VII + 202 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Lange P. (1914), *Die Vereinheitlichung des Arbeiterrechts*, in «Die Neue Zeit», 1914, n. 6 [«Der Arbeiterfreund, 1914];

Arbeiterrecht (1914), *Arbeiterrechtsbeilage des Korrespondenzblattes der Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands*, 1914 ss. [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Jacobi E. (1919), *Einführung in das Gewerbe- und Arbeiterrecht*, Leipzig 1919[2] [«Jahrbuch des Arbeitsrechts»].

*d*) Il termine *Arbeitsrecht* compare dapprima sporadicamente, per diventare in seguito, al più tardi dal 1912, già dominante:

Schings J. (1873), *Das Arbeitsrecht. Social-politische Abhandlungen*, Aachen-Würzburg 1873, fascicolo 1, pp. 48* (pensato in origine come rivista di 10 numeri all'anno, nel 1874 evidentemente non è più proseguito)[42];

Gilles F. (1885), *Arbeitsrecht und Bodenreform. Eine Auseinandersetzung mit meinen Kritikern*, Leipzig 1885, pp. III e 48 [«Der Arbeiterfreund», 1885];

Walther E. (1894), *Das Arbeitsrecht. Zur Belehrung des Arbeiterstandes...*, Styrum 1895 [Stammhammer];

Fuld L. (1903), *Das Reichsgericht und die Anwendung des Arbeitsrechts*, in «Das Recht», 1903, 142*;

Flesch K. (1910), *Reform des Arbeitsrechts – Verhandlungen der deutschen Gewerkvereine*, Berlin 1910, pp. 32 [«Der Arbeiterfreund», 1910, Stammhammer]; anche in «Werkmeister-Zeitung», 1910, n. 44 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

[42] Secondo A. Rauscher, *Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens. Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft*, München 1969, p. 125, apparvero nel 1873 ancora le parti III-V, tra le quali come IV-V una trattazione anonima di Roesler *Über die Grundbegriffe der christlichen Sozialordnung: Arbeit, Eigentum, Freiheit, Recht und Gesetz*.

Arndt P. (1910), *Zur Reform des Arbeitsrechts*, in «Frankfurter Zeitung», 1910, 302 e 305 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Ulrichs O. (1910), *Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrag*, Berlin 1910, pp. X + 81 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Arbeitsrecht (1911), *Zur Reform des Arbeitsrechts*, in «Soziale Praxis», 1911, n. 44 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Sinzheimer H. (1911), *Die Fortentwicklung des Arbeitsrechts und die Aufgaben der Rechtslehre*, in «Soziale Praxis», 1911, n. 39 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Flesch K. (1912), *Privatangestellte und Arbeitsrecht*, von K. Flesch und H. Potthoff, Berlin 1912, pp. 68 (2a ed. di *Zur Kritik des Arbeitsvertrages*, 1901, con aggiunte del 1912)*;

Potthoff H. (1912), *Probleme des Arbeitsrechtes. Rechtspolitische Betrachtungen eines Volkswirts*, Jena 1912, pp. 255*;

Erkelenz A. (1912), *Arbeitsrecht und fortschrittliche Volkspartei*, in «Soziale Praxis», 1912, n. 5 [«Der Arbeiterfreund», 1912];

Sinzheimer H. (1912), *Der deutsche Juristentag und das Arbeitsrecht*, in «Soziale Praxis», 1912, n. 47 [«Der Arbeiterfreund»];

Lotmar Ph. (1913), *Die Idee eines einheitlichen Arbeitsrechts*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 18, 1912/13, coll. 277-284*[43];

Potthoff H. (1913), *Die Bestrebungen des letzten Jahrzehnts zur Schaffung eines einheitlichen deutschen Arbeitsrechts*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 18, 1912/13, coll. 284-296*;

[43] I contributi di Lotmar, Potthoff e Sinzheimer sul diritto unitario del lavoro sono stati scritti appositamente in occasione del congresso del *Deutsches Gewerbe- und Kaufmanngericht* del 18-20 settembre 1913; in merito anche Th. BOHLE, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, Tübingen 1990, p. 4. A questi ne seguono poi degli altri; vedi nel testo.

Potthoff H. (1913), *Einheitliches Arbeitsrecht*, in «Die Hilfe», 1913, n. 35 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Arbeitsrecht (1914), «Arbeitsrecht. Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten», hrsg. von H. Potthoff e H. Sinzheimer, Stuttgart 1914 ss.*;

Erkelenz A. (1914), *Streikrecht oder Arbeitsrecht für die Staatsarbeiter?*, in «Soziale Praxis», 1914, n. 14 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Sinzheimer H. (1914), *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland*, Berlin 1914, pp. 48 [«Der Arbeiterfreund», 1914], (Schriften des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, 1) [«Jahrbuch des Arbeitsrechts»]; prima in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 19, 1913-14, coll. 80 ss;

Krueger H.E. (1914), *Die praktischen Volkswirte und das Arbeitsrecht*, in «Volkswirtschaftliche Blätter», 1914, n. 1 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Radlof L. (1914), *Grundfragen eines einheitlichen Arbeitsrechts*, in «Sozialistische Monatshefte», 1914, n. 8 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Wissell R. (1914), *Grundfragen eines einheitlichen Arbeitsrechts*, in «Sozialistische Monatshefte», 1914, n. 11 [«Der Arbeiterfreund», 1914];

Wolzendorff K. (1915), *Das Arbeitsrecht. Eine Skizze seiner (geschichtlichen) Stellung in der Rechtsordnung*, in «Annalen des deutschen Reichs», 1915, pp. 57-67*;

Wörterbuch (1920), *Wörterbuch des Arbeitsrechts*, hrsg. von H. Potthoff, Stuttgart 1920;

Kaskel W. (1920), *Das neue Arbeitsrecht. Systematische Einführung*, 1a e 2a ed., inalterata, Berlin 1920, pp. XVI + 323 [«Jahrbuch des Arbeitsrechts»]; 4a ed. inalterata 1922*;

Arbeitsrecht (1922), «Jahrbuch des Arbeitsrechts. Systematische Übersicht über das Schrifftum und die Rechtssprechung...», hrsg. von H. Hoeniger, R. Schultz e E. Wehrle, Mannheim 1922 ss.;

Hueck A. (1922), *Handbuch des Arbeitsrechtes*, volumi 1-3, Stuttgart 1922, rispettivamente pp. VIII + 40, XI + 221, VI + 116*.

*e*) *Arbeitsmiete* viene usato sporadicamente in alternanza alla espressione tradizionale, di orientamento romanistico, *Dienstmiete* [locazione d'opera]:

Hachmeister O. (1887), *Über Gefahrtragung bei Arbeitsmiete*, Diss. iur., Göttingen 1857, pp. 31*;

Wendt O. (1888), *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, § 258, pp. 624 [G. Bernert, *Arbeitsverhältnisse*, cit., p. 30].

*f*) Anche *Arbeitsgeschäft* viene consigliato sporadicamente:

Endemann W. (1897), *Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht*, Jena 1897 (ricorrente nel testo).

*g*) *Arbeitsverhältnis*, infine, viene usato relativamente di frequente per indicare più la complessiva realtà del rapporto lavorativo che il suo aspetto giuridico:

Brentano L. (1877), *Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht. Geschichtliche und ökonomische Studien*, Leipzig 1877, pp. 360*;

Bornhak C. (1890), *Das gewerbliche Arbeitsverhältnis*, in «Annalen des deutschen Reiches», 23, 1890, pp. 647-662 [Stammhammer];

Bauer J. (1889), *Die Aufkündigung eines gewerblichen Arbeitsverhältnisses*, in «Gewerbeschau», 1889, n. 11, [«Der Arbeiterfreund», 1889];

Dietz C. (1890), *Vertragsbruch im Arbeits- und Dienstverhältnis*, Berlin 1890, pp. VI + 67 [Maas];

Herkner H. (1891), *Studien zur Fortbildung des Arbeitsverhältnisses*, in «Archiv für soziale Gesetzgebung», 4, 1891, pp. 563-599*;

Bornhak C. (1895), *Das gewerbliche Arbeitsverhältnis nach*

*der neueren deutschen Gesetzgebung*, in «37. Jahresbericht der Juristischen Gesellschaft», Berlin 1895-96, pp. 11-14 [Maas];

Mayr G. von (1900), *Die wirtschaftliche, rechtliche und sittliche Auffassung vom Arbeitsverhältnis*, in «Zeitschrift für Sozialwissenschaft», 3, 1900, pp. 786-793* (una polemica contro Brentano);

Lipinski R. (1902), *Das Recht im gewerblichen Arbeitsverhältnis. Bearbeitet auf Grund des BGB, der Gewerbeordnung...*, Leipzig 1902, 2a ed. integrata Leipzig 1904, pp. 288;

Borght R. van der (1904), *Grundzüge der Sozialpolitik*, Leipzig 1904, sull'*Arbeitsverhältnis* i capitoli 7 ss., pp. 136 ss.*;

Ingwer I. (1905), *Das Arbeitsverhältnis nach österreichischem Recht*, Wien 1905;

Verein für Sozialpolitik (1905), *Das Arbeitsverhältnis in den privaten Riesenbetrieben* (Schriften des Vereins für Socialpolitik, 116), Leipzig 1906;

Ehrenberg R. (1909), *Das Arbeitsverhältnis als Arbeitsgemeinschaft*, in «Thünen-Archiv. Organ für exakte Wirtschaftsforschung», II, Jena 1909, pp. 176-202 [H.J. Teuteberg, *Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus*, cit., p. 68];

Martens H. (1910), *Die Lohnaufrechnung im gewerblichen Arbeitsverhältnis*, Diss. Jena 1910, pp. IX + 63 [«Der Arbeiterfreund», 1911];

Elster A. (1910), *Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis*, in «Soziale Praxis», 1910, n. 26 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Flesch K. (1910), *Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis*, in «Soziale Praxis», 1910, n. 18 [«Der Arbeiterfreund», 1910];

Zwiedineck-Südenhorst O. v. (1911), *Sozialpolitik*, Leipzig und Berlin 1911, qui «Die Verfassung des Arbeitsverhältnisses», pp. 217-244*;

Wissell R. (1913), *Der Arbeitsvertrag. Führer durch das gewerb-*

*liche Arbeitsverhältnis der Arbeiter*, Berlin, «Vorwärts», 1913, pp. 80 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Weill H. (1913), *Das Arbeitsverhältnis in den deutschen gewerblichen Produktivgenossenschaften*, in «Soziale Praxis», 1913-14, n. 2 [«Der Arbeiterfreund», 1913];

Weinschild H. (1913), *Eine Gefährdung des Tarifvertrags im gewerblichen Arbeitsverhältnis*, in «Korrespondenzblatt der Generalkommission der Gewerkschaften», 1912, n. 48 [«Der Arbeiterfreund», 1913].

## 5. Esito della storia della terminologia

Fino al 1870 circa le utilizzazioni rimangono rare. Lo si può vedere da Bluntschli ed è confermato dalle registrazioni bibliografiche. La *Bibliotheca juridica* ancora nel 1840 non contiene alcun lemma con *Arbeit*, nel 1849 solo *Arbeitslohn* [salario lavorativo] e solo in seguito qualcos'altro[44]. La molteplicità dei lemmi presente dal 1870 è indice anzitutto di insicurezza, di avvio di una nuova fase e di riorientamento in un grande ambito di regolamentazione e di vita e nei suoi principi. Verso la fine del periodo invece «contratto di lavoro» e «diritto del lavoro» si sono affermati nel senso di un diritto speciale e l'uso dei due concetti fu limitato all'ambito del lavoro dipendente[45]. Accanto al vecchio uso privatistico o giuspubblicistico si consolidò un ambito a sé stante di «diritto del lavoro». E ciò anche coscientemente, soprattutto dal 1918, all'incirca quando Hoeniger, Schultz e Wehrle nel 1922 nella nota introduttiva al nuovo «Jahrbuch des Arbeitsrechts» scrivevano:

«Il diritto del lavoro è d'un colpo diventato una disciplina giuridica autonoma. A portare a ciò è stata l'evoluzione del diritto avviata

[44] Vedi l'indice analitico della *Bibliotheca juridica*.

[45] A esiti paralleli è giunto, analizzando testi di filosofia del diritto fino a circa il 1860, D. Klippel, *Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhunderts*, in *Festschrift A. Söllner*, Gießen 1990, pp. 161-184, qui p. 184.

dalla rivoluzione e successivamente continuata a ritmo serrato. Con diritto del lavoro si intende il diritto del ceto professionale dei prestatori d'opera»[46].

Fino alla datazione «dalla rivoluzione» questa affermazione coglie interamente nel vero. Che però la situazione fosse già evidente all'incirca dal 1910, lo fa pensare il moltiplicarsi delle attestazioni di «diritto del lavoro» a partire da questo periodo. Nel 1915 Wolzendorff esprime la convinzione che esista un «nuovo, moderno diritto del lavoro» come «materia *sui generis*», dunque né privatistica né pubblicistica, e neanche liberale, né egualitaria, né semplicemente dello Stato di diritto, ma invece, come egli dice, sociale e dello Stato di cultura[47].

La spinta verso questo nuovo orientamento risale indietro fino al 1873-74 e si svolge in t r e o n d a t e: 1873-74, intorno al 1890, e, infine, intorno al 1910.

Indizi di ciò sono accanto all'andamento della cronologia dei titoli le stesse formazioni di lemmi in bibliografie e lessici. La *Bibliotheca Juridica* non contiene, come si è già detto, nel 1840 e nel 1849 alcun lemma composto con «lavoro», ma si accontenta di «servizio» (*Dienst*)[48]. Qualcosa di composto con «lavoro» fa qui la sua comparsa per la prima volta nel 1877. Il diffuso *Rechtslexikon* di Holtzendorff contiene nel 1880[49] solo *Arbeitsbuch* [libro di lavoro], *-einstellung* [cessazione di lavoro] e *-haus* [casa di lavoro], tutte voci di Landgraf, e un articolo, rigorosamente privatistico, *Dienstmiethe* [locazione d'opera] di Eck, e inoltre anche un approfondito articolo *Fabrikgesetzgebung* [legislazione di fab-

[46] «Jahrbuch des Arbeitsrechts», 1922, p. V; analogamente A. HUECK, *Handbuch des Arbeitsrechts*, (1922), cit., p. 20; cfr. l'interessante, un po' distaccato sguardo d'insieme dello svizzero A. GYSIN, *Arbeitsrecht*, cit., qui p. 16 con pezze d'appoggio.

[47] Wolzendorff, 1915, (cit. sopra nella sezione 4d), pp. 58, 67 s.

[48] Vedi sopra in prossimità della n. 44.

[49] *Rechtslexikon*, hrsg. von F. VON HOLTZENDORFF, 3a ed. completamente aggiornata, Leipzig 1880 (*Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, parte II).

brica] di E. Meier[50] che tratta ampiamente i problemi ruotanti attorno al 'contratto di lavoro'. Il monumentale *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* di J. Conrad e altri, già nella prima edizione del 1890 oltre a molte voci più consistenti ne ospita anche una su *Arbeitsvertrag* del giuspubblicista E. Loening, ma non una su *Arbeitsrecht*[51].

Le prime due ondate coincidono evidentemente con la fine della breve fase chiaramente liberale della Germania e con l'inizio di una lunga fase di depressione economica con la cosiddetta «crisi di fondazione», come anche con il tentativo di un «orientamento» politico-sociale nel periodo successivo all'ascesa al trono di Guglielmo II nel 1889 e negli anni dell'enciclica sociale di Leone XIII del 1891. La terza ondata dovrebbe essere, tra l'altro, in rapporto con una generale maggiore apertura dei giuristi nei confronti delle questioni politico-giuridiche e politico-sociali, per denotare la quale può bastare l'espressione 'movimento del libero diritto'. Relazioni con la storia della società in senso largo non sembrano essere immediatamente evidenti. Ma, «l'incredibile incremento degli scioperi» e il raddoppio e quasi il triplicarsi del numero degli associati ai sindacati tra il 1895 e il 1900, danno motivo di credere che tali relazioni ci siano state[52]. Dal punto di vista della storia sociale significativo è natural-

[50] *Ibidem*, I, pp. 774-782. Su E. Meier, sotto questo aspetto assai sconosciuto, J. RÜCKERT, *E. v. Meier*, in *Neue Deutsche Biographie*, XVI, 1991, pp. 647-649.

[51] *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I, Jena 1890, pp. 742-750. Oltre a queste anche le voci *Arbeit, Arbeiter, -bildungswesen, -kammern, -kolonien, -schutzgesetzgebung, -vereine, -versicherung, -wohnungen, Arbeitsamt, -buch, -büreaus, einstellungen, -haus, -lohn, -nachweis und -börsen, -teilung, -vertragsbruch, -zeit.*

[52] Cit. dall'articolo *Tarifvertrag*, che trasmette ancora il sentire dei contemporanei, di W. Zimmermann in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, VIII, 1928$^4$, p. 9. Moderne tabelle in K. TENFELDE-H. VOLKMANN, *Streik. Zur Geschichte des Arbeitskampfes in Deutschland während der Industrialisierung*, München 1981, pp. 295 s. Esse mostrano in effetti una repentina ascesa dal 1895 al 1896 ss. dei partecipanti agli scioperi (9 volte) e dei costi (7 volte), poi una leggera ricaduta, ma di nuovo una ripresa nel 1905-06-07 e nel 1910-11-12-13.

mente anche il fatto che il gruppo di coloro che fanno un lavoro dipendente solo dopo il 1860 si differenzia più chiaramente per quantità e qualità dagli artigiani e dagli apprendisti, che fino ad allora ancora spesso si firmano come «autonomi», e si moltiplica con lo sviluppo della grande azienda[53].

Di queste spinte non si fece promotrice la g i u r i s p r u d e n z a positiva consolidata. In effetti, e non a torto, essa riteneva che occuparsi di politica del diritto non fosse il suo compito principale – e dico ciò prescindendo totalmente da fuorvianti espressioni oggi correnti come 'positivismo' e 'formalismo'[54]. Gli autori dei nuovi titoli composti con «... lavoro» provenivano prevalentemente dalla politica sociale e da discipline allora immediatamente rilevanti per la politica del diritto e la legislazione come l'economia politica e la nascente sociologia (Dühring, Oppenheim, Schmoller, Brentano, Herkner, Potthoff, Hess), o dal socialismo cristiano (Schings, Roesler, Kurz, Lehmkuhl, Will), o ancora dalla pratica del diritto nell'avvocatura (Dankwardt, Fuld, Stadthagen, Ingwer (?), Sinzheimer, K. Liebknecht), nei tribunali del lavoro (Baum, Flesch, M. Hirsch, Sigel, Prenner) e in altre posizioni pratiche (Bitzer, K. Schreiber, G. Pfizer, Kleeis). Nella giurisprudenza scientifica consolidata sono solo pochi i nomi che risaltano per sensibilità alla politica del diritto (W. Endemann, Kohler, Bornhak, F. Endemann, Lotmar, E. Loening).

[53] In merito assai più precisamente B. DÖLEMEIER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 155 s. per la Sassonia; più in generale anche già Loening nel 1890 (cit. nella sezione 4a), p. 748. In ciò non vi è alcuna contraddizione con ciò che si è detto sopra dopo la n. 7 sul moderno diritto del lavoro.

[54] In merito più preciso J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988, e inoltre ancora J. RÜCKERT, *Formalismus und vergleichbare Konzepte zum 19. Jahrhundert*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hrsg. von R. SCHULZE, Berlin 1990, pp. 169-174. In modo degno di nota a separare risolutamente diritto e politica è proprio anche O. GIERKE, *Die Zukunft des Tarifvertragsrechts*, in «Archiv für Sozialpolitik», 42, 1916-17, pp. 815-842, qui 819 e 832.

La letteratura giuridica privatistica evita perfino il concetto di «contratto di lavoro» o «locazione di lavoro». Lotmar scrisse la sua opera magistrale sul contratto di lavoro c o n t r o questa corrente dominante. Ma egli non rientra neanche tra le voci, che cominciano a divenire dominanti, dei politici sociali e dei critici del diritto privato, le voci cioè che vanno da Schmoller a Potthoff e da Bornhak a Wolzendorff e Sinzheimer. Perché egli utilizza «contratto di lavoro» rigorosamente nel senso del diritto privato generale e non del diritto speciale. E anche la sua posizione, nonostante tutto il rispetto di cui gode, non riesce ad affermarsi. Anche Gierke e soprattutto Endemann jr. utilizzano, solo nella classificazione concettuale, un concetto largo di «contratto di lavoro», concetto che però nel contenuto di principio resta più indefinito[55]. Kohler, solitamente incline ai modernismi, parla solo di *Dienstgeschäft* [negozio d'opera] e, polemicamente, di «diritto dei lavoratori»[56]; similmente Oertmann nel 1900 si ferma a «contratto dei lavoratori»[57]. In modo significativo e anticipatore del futuro sviluppo Potthoff e Sinzheimer già nel 1914, secondo progetti fatti a partire dal 1911, diventano curatori dell'annuario «Arbeitsrecht», mentre Lotmar si tiene a distanza e appare solo tra i «collaboratori»[58].

L'uso in senso privatistico generale che ne fa Lotmar offre dunque inaspettatamente nel 1902 già qualcosa di assai singolare ed è per questo particolarmente illuminante. La sua elaborazione, coscientemente orientata in senso privatistico, di tutto il campo attinente al 'lavoro' sotto la rigida separazione di diritto vigente e di diritto migliore apparve come il punto più alto, ma in verità era già lo zenit.

[55] Per Gierke cfr. il suo *Deutsches Privatrecht*, III, 1917, § 412, p. 593 con le nn. 6 e 7; per Endemann, *Lehrbuch*, II, § 172. Più attento ai fondamenti è però di nuovo Heck (1929), vedi sotto alla n. 63.

[56] KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II: *Vermögensrecht*, parte I: *Schuldrecht*, Berlin 1906, qui §§ 130 ss.; per la polemica sul «diritto dei lavoratori» cfr. p. 260.

[57] P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung*, cit., p. 65.

[58] Vedi la titolatura; sui retroscena cfr. sotto alla n. 160.

Anche le coniazioni «contratto dei lavoratori» e «diritto dei lavoratori», intese ancora in senso largo nel 1875 da Dankwardt, sfociarono nella linea più stretta del diritto speciale dopo che autori vicini al movimento operaio, come ad esempio Wissell nel 1914, abbandonarono «diritto dei lavoratori»[59]. Forse l'espressione «diritto del lavoro» si avvicinava maggiormente all'idea che andava affermandosi in questi anni di un «diritto del lavoro unitario» con principi propri, che non quella di «diritto dei lavoratori» che sapeva di ceto e di separatismo. Ciò lascia intuire anche la scelta del titolo *Arbeitsrecht... gesamtes Dienstrecht* di Sinzheimer e Potthoff nel 1914[60]. *Arbeitsmiete* e *Arbeitsgeschäft* rimangono degli episodi. *Arbeitsverhältnis* mantenne la sua dinamica ampia, metagiuridica, ma proprio per questo fu usato sin dall'inizio quasi solo per la più ristretta cerchia dei lavoratori «produttivi» o per quelli economicamente particolarmente dipendenti.

Gli andamenti della terminologia e le animate differenziazioni della stessa preannunciano già gli esiti e gettano una luce sull'intensità con cui in questo periodo ci si sforzò di elaborare e si dibatté su concezioni di lunga gittata. L'intensità è dovuta al fatto che i fattori determinanti per il formarsi del diritto del lavoro si fecero sentire con forza proprio tra il 1870 e il 1920. Le nuove concezioni scaturirono da nuovi contesti. Ciò necessita di ulteriori spiegazioni.

## II. *'Contratto di lavoro': nuovi concetti da nuovi contesti*

### 1. Diritto privato generale e Stato di diritto

La mia tesi, cui ho già accennato, è che la concezione di 'contratto di lavoro' diventa un (nuovo) problema solo nel

[59] Cfr. sopra nella sezione 4c, illuminante anche *Schwanken* di Sinzheimer, si veda qui nel 1912 e 1914.

[60] Cfr. sopra nella sezione 4d; su ciò meglio più avanti alla n. 158 ss.

nuovo contesto delle concezioni del diritto privato generale liberale e dello Stato di diritto liberale. Giacché:

1) Solo una libertà privatistica g e n e r a l e sottomette tutto il lavoro al mercato, lo libera dai vincoli che lo frenano e ne proteggono il contenuto, immettendolo nella desiderata mobilità. Ciò fa sì che si ripropongano in modo nuovo i vecchi problemi di tutela del lavoro propri delle corporazioni e della mancanza di libertà professionale, e che si aguzzi la vista rispetto a una nuova schiavitù e diseguaglianza facendo nascere nuove concezioni. 'Contratto di lavoro' è una di queste.

2) Come S t a t o d i d i r i t t o lo 'Stato' contemporaneamente si ritira in linea di principio dall'esercizio del ruolo di garante di benessere e tutela, di assistenza, controllo e protezione. Così i problemi effettivi di libertà e di uguaglianza si manifestano del tutto scopertamente non più immediatamente come giuridici, ma come 'sociali' e 'politico-sociali' facendo nascere anche in questo ambito concezioni nuove. Con la cosiddetta politica sociale si tentano nuove soluzioni dal punto di vista concettuale, che presentano anche delle conseguenze giuridiche. 'Diritto del lavoro' fa parte di queste.

Nei due ambiti che a partire dal 1800 circa si consolidano contemporaneamente in modo sostanzialmente nuovo, e cioè nell'ambito del diritto privato e del diritto pubblico, coloro che lavorano vengono così messi in libertà e quindi in grado di manovrare da sé i loro vantaggi e i loro rischi, e ciò vale tanto per i lavoratori dipendenti che per quelli autonomi.

## 2. La fase liberale della fondazione del Reich

Una fase liberale non vige in Germania mai così pura come forse in Francia, ma il periodo in cui essa domina in modo relativamente più forte è quello della cosiddetta f a s e d i f o n d a z i o n e d e l R e i c h, e cioè all'incirca dal 1866 al 1878[61].

[61] Cfr. specificamente dal punto di vista storico-giuridico H.P. BENÖHR,

A questo contesto liberale di fondo però, già circa dal 1870, si sovrappongono allo stesso tempo altri modelli politici e normativi e reazioni alle sfide poste dalla fase alta dell'industrializzazione, ad esempio la minaccia incombente sulla piccola industria[62] e la cosiddetta crisi di fondazione. Da qui ha origine una sconcertante parallelità e un gran numero di concezioni che si pongono come modificanti e/o alternative rispetto al contesto di fondo, un gran numero che è forse rimasto comprensivo ed esaustivo fino ad oggi. I nessi, ancora oggi nuovamente problematici tra il cosiddetto *Arbeitsprivatrecht* [diritto privato del lavoro] vero e proprio (questo il termine coniato da Heck nel 1929[63]), quello che oggi si chiama diritto collettivo del lavoro (o *Arbeitskampfrecht*) [diritto di lotta per il lavoro], il diritto di tutela del lavoro (*Arbeitsschutzrecht*), il diritto costituzionale del lavoro (commissioni, consigli, cogestione) e il diritto di assicurazione sociale, vengono creati, verificati e fissati nel contenuto normativo di principio in questo periodo e contemporaneamente. Le soluzioni sono segnate da tendenze e principi politici, cioè politico-giuridici, politico-costituzionali e politici in genere, assai differenti.

*Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts*, in «Zeitschrift für Arbeitsrecht», 8, 1977, pp. 187-218, e M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 11, 1989, pp. 129-147: il 1878 come anno di svolta (p. 146); ultimamente a relativizzare in modo illuminante il caso francese è A. BÜRGE, *'Liberté du commerce' im Brennpunkt der französischen Revolution: vom Merkantilismus zum Liberalismus*, in «Ttjdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 59, 1991, pp. 111-137; basilare in genere ora soprattutto D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, Frankfurt a.M. 1988, e W. SIEMANN, *Gesellschaft im Aufbruch. Deutschland 1849-1871*, Frankfurt a.M. 1990.

[62] In merito Schmoller (1874) (nella sezione 4a) p. 118.

[63] Ph. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, ristampa 1958, p. 341. Con ciò si intendono, a differenza del diritto di assicurazione sociale, i contratti collettivi di lavoro, le determinazioni di contenuto e la tutela da licenziamenti ingiustificati. A p. 343 Heck si esprime espressamente a favore del carattere privatistico che non viene a mancare neanche per il diritto vincolante.

Sulla base di queste condizioni per 'c o n t r a t t o d i l a v o r o' come concetto di base e concezione giuridica vengono elaborate almeno sette soluzioni degne di menzione, dal contenuto più o meno di principio. A questa elaborazione prendono parte giuristi e non giuristi. Sinzheimer riteneva ancora nel 1910 addirittura che Lotmar per primo (nel 1902) avesse posto «la considerazione giuridica del contratto di lavoro come autonoma accanto a quelle, fin qui dominanti in modo quasi esclusivo, di politica sociale e di economia politica»[64]. Brentano nel 1890 aveva accertato retrospettivamente già qualcosa di parallelo[65]. E questo considerando il quadro degli autori raccolti insieme sopra è in effetti vero perlomeno quantitativamente.

Le sette soluzioni si possono ricondurre sotto le parole chiave di 'contratto di lavoro' come *Privatrechtskonzept* [concetto privatistico] (*III 1.*), come *Arbeiter-Vertrag* [contratto dei lavoratori] (*III 2.*), come *Klassenrecht* [diritto di classe] (*III 3.*), come *allgemeines Dienstrecht* [diritto generale di servizio] (*III 4.*), come *sozialer und personenrechtliche Vertrag* [contratto sociale e di diritto della persona] (*III 5.*), come *Gesellschaftsvertrag* [contratto sociale] (*III 6.*) e come *Gemeinschaftsverhältnis* [rapporto di comunità] (*III 7.*). Per contribuire a chiarire il più concretamente possibile il significato politico-normativo tanto portante quanto distintivo di queste concezioni, entrerò nel merito della questione decisiva del chi in verità di volta in volta può 'fare' le regole giuslavoristiche. Alla luce di questa verifica i sette modelli possono quindi essere ridotti a due sole differenti posizioni fondamentali. Chiuderò con alcune riflessioni critiche sulla situazione odierna della storia dei concetti e dei principi fondamentali relativamente a contratto di lavoro e diritto del lavoro (*IV*).

[64] Sinzheimer in «Archiv für bürgerliches Recht», 34, 1910, pp. 291-322, qui p. 296. In questo ha perfettamente ragione E. PICKER, *Die Regelung*, cit., alla n. 14 quando va a riscoprire questa letteratura politico-sociale.

[65] Brentano (1890), (sezione I 4a), pp. 120 s.

## III. *Le concezioni di contratto di lavoro*

### 1. 'Contratto di lavoro' come concetto di diritto privato

Contratto di lavoro è qui inteso come parte del diritto privato generale, più concretamente come contratto di cessione e tipo di contratto di servizio (locazione d'opera, *locatio conductio operarum*).

#### a. Lotmar

Su questa posizione sta prima di tutto Philipp Lotmar (1850-1922), il cosiddetto fondatore della scienza del diritto del lavoro in Germania[66]. Caratteristico è il titolo preciso del suo lavoro più importante in due volumi: *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches* (1902 e 1908). Sul tema nella stessa direzione egli scrive però già prima, cioè in un saggio del 1895 sul progetto del *BGB*[67]. Lotmar sostiene una posizione spiccatamente di principio che fin qui non era stata degnata di sufficiente considerazione.

Egli distingue tra l'aspetto giuridico e quello economico del problema. Per lui, il contratto di lavoro regola giuridicamente solo l'impiego di forza (-lavoro), come accade anche per altre azioni e si differenzia solo dall'impiego di una

[66] Su di lui manca uno studio più preciso; come lavoro preparatorio cfr. però la mia voce *Lotmar* nella *Neue Deutsche Biographie*, XXV, 1987, pp. 241 s., e accanto ad essa K.-D. Waldt, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 45-63, R. Dubischar, *Die Entstehung*, cit., pp. 86 s. In entrambi questi due autori però non risulta molto chiara la posizione di principio di Lotmar. Del tutto infecondo Th. Weiss, *Die Entwicklung*, cit. Una raccolta di testi con una *Einleitung*, Ph. Lotmar, *Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften*, Bern 1991, è stata appena curata da M. Rehbinder e recentissimamente J. Rückert (ed), *Ph. Lotmar. Kleine rechtsphilosophische und arbeitsrechtliche Schriften*, Frankfurt am Main 1992, con una introduzione, un elenco delle opere, ecc.

[67] Ph. Lotmar, *Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs eines BGB*, in «Archiv für soziale Gesetzgebung», 8, 1895, pp. 1-74.

cosa. La forza-lavoro come azione non è per lui qualcosa di particolare dal punto di vista giuridico, ma una azione come altre. Per lui la differenza sta solo nel tipo di prestazione promessa[68]. Per lui cioè la forza-lavoro giuridicamente non è merce come una cosa che si acquista, giuridicamente non è oggetto di acquisto, non sta in una dipendenza giuridica.

Ma l'osservazione economica mostra, secondo Lotmar, che l'operaio, di regola giuridicamente libero come persona e privo di possesso, in quanto spogliato dei mezzi di produzione, non dispone nella sua forza-lavoro di alcun valore d'uso ma invece solo di un valore di scambio (p. 44), e che egli si trova quindi nella stessa condizione economica di un venditore. Lotmar mostra così di conoscere Marx. Lo sguardo economico si indirizza ai «rapporti di grandezza», alle quantità di prestazione, e constata rapporti di grandezza diseguali.

Per la considerazione giuridica invece, secondo Lotmar, «la relazione quantitativa di lavoro e compenso è nel complesso indifferente» (p. 45). Anziché dispendio di beni come nell'acquisto, si tratta qui di dispendio di forza (pp. 45 e 82) o impiego della persona (p. 7). L'unica sua base è, giuridicamente, un contratto.

L'elemento sociale e economico è certo osservato da Lotmar con altrettanta attenzione che il giuridico, senza però venir mescolato con il giuridico. In tutt'e due è stato pioniere, anche se è solo nel primo ad essere noto per questo.

Il metodo di Lotmar della duplice osservazione senza mescolanza è fortemente fondato su posizioni di principio. Secondo Lotmar infatti vale il principio per cui:

«Dal giurista non si può pretendere l'indicazione di altri mezzi se non di quelli assicurati dal diritto; e se nell'ambito di applicazione del contratto di lavoro c'è un 'male di fondo' cui non si può far

[68] Ph. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, I, cit., p. 32 in generale, p. 37 *Gesellschaft*, p. 41 *Kauf*. I numeri di pagina, dal I vol., sono indicati nel testo dopo la citazione.

fronte neanche 'con misure legislative e amministrative', a maggior ragione si devono tenere ben presenti i limiti che sono assegnati al potere terapeutico della giurisprudenza» (p. 26).

E Lotmar continua dicendo che il giurista potrebbe arrivare e arriverà

«qui in sfere in cui egli vede il peso dei suoi imperativi privatistici soggiacere alla violenza dei fatti economici. Ma, ciò non può indurlo [il giurista] a piantare lì il suo compito di scienziato. Egli piuttosto andrà avanti fino al punto in cui deve lasciare che ad assumere il ruolo di guida sia la p o l i t i c a»[69].

Alla base c'è qui una decisa separazione di diritto e politica (come procedura!). Essa è saldamente ancorata dal punto di vista politico-giuridico e filosofico-giuridico[70].

Sul «contratto di lavoro» Lotmar accoglie, solo per il contratto e i suoi soggetti, in modo del tutto ovvio, l'impostazione di un Savigny o anche di un Zeiller[71]. Essi hanno tutti come principio di fondo un p u n t o d i p a r t e n z a l i b e r a l - p r i v a t i s t i c o. La risolutezza della sua concezione si può comprendere appieno proprio anche pensando alla sua continuità da Savigny in poi.

### b. SAVIGNY

Savigny, com'è noto, conosce solo diritti relativi a persone o cose, come Lotmar solo contratti su azioni e cose. Egli sottolinea che il dominio della volontà sulle persone non deve essere assoluto perché diversamente nell'altra persona si dovrà «abolire il concetto di libertà e di personalità»; «noi

[69] *Ibidem*, p. 26; sull'intera problematica cfr. più in dettaglio J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., in particolare pp. 71 ss.

[70] Cfr. J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 71 ss., 98 s. e J. RÜCKERT, *Lotmar*, cit.

[71] Cfr. solo F. VON ZEILLER, *Abhandlung über die Prinzipien des ABGB*, Wien 1816-20 (ristampa 1986), pp. 168 s. (pp. 27 s.), 186 (45), 187 (70).

non dovremmo dominare il potere non su una persona ma su una cosa»[72].

«Se ciò non dovesse accadere» – continua – «e vogliamo invece pensare a un rapporto giuridico particolare consistente nel dominio su un altra persona senza la distruzione della sua libertà, di modo che esso sia simile al possesso eppure da esso diverso, allora il dominio dovrà essere riferito non all'altra persona nella sua interezza, ma solo ad una singola azione della stessa; questa azione viene dunque pensata come sganciata dalla libertà dell'agente e sottoposta alla nostra volontà. Noi chiamiamo un tale rapporto di dominio su una singola azione di un'altra persona obbligazione»[73].

Il concetto di obbligazione di Savigny è addirittura più rigoroso che in altri autori più tardi, giacché egli evidentemente pensa la necessaria libertà minimale come giuridicamente reale e non solo giuridicamente formale come mera capacità giuridica. Egli vede il problema che si possa arrivare per contratto ad una distruzione della libertà e al dominio sulle persone. Sebbene non si parli di «contratto di lavoro», queste affermazioni di Savigny sulla teoria del diritto privato fissano tuttavia le pietre angolari per la connessione di contratto di lavoro e diritto privato in genere. In modo caratteristico, a lasciare invece inutilizzati questi passaggi è ad esempio Endemann[74], nonostante li citi diversamente dai più.

A Savigny sono anche chiari i problemi generali di questa impostazione liberal-privatistica. Come molti autori più tardi, ma più distaccato nell'espressione, egli tocca il problema dell'abuso perché, così continua Savigny,

[72] F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 338 s./§ 53, che si pronuncia analogamente in *Obligationenrecht*, I, Berlin 1851, p. 6.

[73] F.C. VON SAVIGNY, *Obligationenrecht*, I, cit., p. 6, e già nella (non stampata) *Blume Nachschrift* del 1818, p. 216.

[74] W. ENDEMANN, *Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht*, 1896, pp. 57 s. (sopra nella sezione I 4f).

«nelle situazioni patrimoniali il dominio della legge [è] completamente realizzato [e cioè diversamente ad esempio che nel diritto di famiglia] e in particolare senza riguardo all'uso morale o immorale di un diritto». «Il ricco perciò può far perire il povero rifiutando di aiutarlo o con un uso accanito del diritto debitorio»[75].

Ma Savigny parla anche immediatamente di una via d'uscita giuridica: «il rimedio che si può opporre a ciò non scaturisce dal terreno del diritto privato ma da quello del diritto pubblico»[76].

Queste espressioni sono a buon diritto famose e sono citate assai spesso ma, per quanto ne so, sempre senza la continuazione sul «rimedio»[77]. La continuazione è però essenziale, perché solo la interazione fra il diritto privato e il cosiddetto diritto pubblico dà per Savigny il, nel complesso auspicato, «dominio incondizionato delle leggi morali» (*ibidem*). Quest'interazione è pensata come principio di fondo e solo in essa risiede l'intera concezione di Savigny per l'ambito anche dei contratti di lavoro, la sua concezione per affrontare il problema diritto privato e deficit del diritto privato, come infine la sua concezione per il diritto in genere[78].

[75] F.C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 371/§ 56.

[76] *Ibidem*.

[77] Cfr. solo l'assai citato saggio di F. WIEACKER, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution* (1966), ora in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt 1974, pp. 60 s.

[78] Vedi da ultimo con pezze d'appoggio J. RÜCKERT, *Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900*, in *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990)*, hrsg. von H. MOHNHAUPT, Frankfurt 1991, pp. 58 e 71 (aspetto religioso) e J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 50 s. Ora analogamente K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., pp. 18-25 con 52: il diritto privato era certo per Savigny irrinunciabile ma relativizzato perché inserito in una visione cristianamente morale del diritto e dello Stato. Sul cristianesimo di Savigny e sul suo contenuto di tolleranza si veda più in dettaglio J. RÜCKERT, *Idealismus und Jurisprudenz bei F.C. von Savigny*, Ebelsbach 1984, in particolare la voce *Religion* nell'indice analitico. Considerevole anche già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., pp. 53-83 su Savigny, Jhering e Gierke.

Tralascio diverse stazioni intermedie, ad esempio Jhering[79], e passo subito a tracciare il collegamento determinante con Lotmar:

Che i deficit del diritto privato, i deficit di libertà dunque, debbano essere risolti a partire dal diritto pubblico, ad esempio attraverso lo *ius cogens*, è anche, ancora, il punto di vista di Lotmar. Nel suo tempo, intorno al 1900, ciò deve accadere, però, secondo le forme dello Stato di diritto e conformemente alla costituzione attraverso (nuove) leggi, e dunque solo sotto il controllo di una legge parlamentare. Da questo punto di vista il contesto giuridico e politico rispetto alla Prussia di Savigny del 1840 priva di costituzione è decisamente mutato, e anche la funzione, in Savigny ancora importante, della moralità è diventata diversa. La questione di un orientamento di principio alla libertà anche del cosiddetto diritto pubblico, che Savigny ad ogni modo aveva ancora negato come costruzione contrattuale[80], stava ora sul tavolo della politica del diritto e del diritto positivo. Essa non era più solo oggetto, astrattamente, di programmi giusnaturalistici, filosofico-giuridici o semplicemente politici, come per esempio il tema dei diritti originari (Savigny era notoriamente contro[81]) e dei diritti fondamentali. Lo dimostrano ad esempio la costituzione imperiale del 1849 e le costituzioni territoriali compresa quella prussiana del 1850, sebbene la costituzione imperiale del 1871 non contenga notoriamente una sezione sui diritti fondamentali[82].

[79] R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II 1 (1854), 4a ed. Leipzig 1880[4], pp. 292 ss.: *System der Freiheit, Entdeckung des Privatrechts*. Cfr. in merito J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 69 s. e adesso K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., pp. 37-42 e 53 per il tardo Jhering.

[80] J. RÜCKERT, *Savignys Einfluß*, cit., p. 58 e più dettagliatamente J. RÜCKERT, *Idealismus und Jurisprudenz*, cit., pp. 312 ss. sul concetto di Stato, pp. 358 s. su diritto privato-diritto pubblico, pp. 366 ss. sul concetto di libertà.

[81] F.C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 335 s./§ 53.

[82] Su tutta la questione è ora basilare J.-D. KÜHNE, *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, Frankfurt a.M. 1985.

Il nucleo comune decisivo è evidente: è l'obiettivo e l'ideale normativo della libertà individuale (privata). Se questa si annienta da sé (sul mercato), allora per Lotmar deve essere un'istanza comune, quale un parlamento, a decidere, il rimedio va cercato nel diritto pubblico, cioè nel diritto politico. L'effettivo potenziale di libertà di tali istanze è naturalmente storicamente condizionato e può essere di volta in volta migliorato, ad esempio attraverso il diritto elettorale democratico. Nel contesto di Savigny la questione della libertà si presentava diversamente che ai tempi di Lotmar due generazioni più tardi. Ma il modello del diritto privato liberale era lì pronto e in Lotmar viene mantenuto e perfezionato. Non sono qui ammessi giuridicamente atti di solidarietà (*Selbsthilfe*) dei partiti fuori dalla legge, sia pure a favore dei 'poveri', o atti di equità giudiziaria. Ciò rappresenterebbe una ricaduta in nudi rapporti di forza dei più forti e dei più deboli (nel caso della *Selbsthilfe*) o in situazioni di autorità patriarcale (nel caso del giudice che aiuta svincolandosi dalla legge[83]). Proprio contro ciò, come si è detto, aveva scritto Lotmar[84]. Il diritto contrattuale di servizio romano inteso in senso solo privatistico era così visto, rispetto alle visioni moralizzanti di diritto del lavoro del presente guglielmino, non come arretrato ma come troppo moderno, e la polemica contro la forza-lavoro come merce confondeva l'economia come norma con il diritto come norma[85], argomentazione questa ancora oggi corrente. Rispetto

[83] Lotmar mette in guardia concretamente da ciò anche in *Schweizer Diskussion um das neue Obligationsrecht 1911*, in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 17, 1911/12, pp. 145-154, ora facilmente accessibile nella raccolta di scritti già citata curata da M. REHBINDER, pp. 159 s.

[84] Cfr. sopra il testo relativo alle nn. 69 s.; ancora più determinato il suo amico Th. Loewenfeld nel 1912 contro il diritto libero, vedi J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., p. 50.

[85] In merito espressamente e anche in qualità di esperto romanista Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, I, cit., pp. 52 s. in nota, contro «leggende» su diritto romano e diritto del lavoro; cfr. anche G. PLANCK, *Die soziale Tendenz des BGB*, in «Deutsche Juristenzeitung», 1899, pp. 181-184 e analogamente 1909, pp. 23-28 e 310 la replica a Potthoff.

a ciò Lotmar tenta invece una seria integrazione, regolata giuridicamente, di valutazioni extragiuridiche, e in particolare di norme morali, nel sistema del diritto, attraverso tra l'altro una applicazione approfondita del nuovo § 138 del *BGB* affermante la nullità dei negozi giuridici in contrasto con la morale, mentre non considera le regole morali che non siano solo particolari e che, in quanto *quaestio facti*, dovrebbero eventualmente essere accertate da esperti[86]. Non a caso con questa sua proposta Lotmar ebbe poco successo presso i diretti amministratori della giusta moralità tanto 'di sinistra' quanto 'di destra' che da una tale mediazione della legge o dalla creazione del diritto attraverso la legge e da una morale che doveva essere provata si aspettavano molto meno[87]. Il problema era di stabilire chi 'fa' queste regole morali rilevanti per il diritto, che oggi sono lasciate totalmente alla creazione del diritto da parte del giudice[88]. Nella prospettiva critica di Lotmar sono poi giudicati negativamente, ad esempio da Bitzer nel 1872[89], anche gli ordini di lavoro aziendali, in voga da circa il 1870, come via sbagliata di coercizione aziendale. Lo stesso Lotmar contribuisce già dal 1900 in modo decisivo e per primo ad una comprensione privatisticamente progressiva e durevole dei

[86] Ph. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinen Recht*, Leipzig 1896, qui p. 82 ss., 93-98; Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, I, cit., pp. 171 s. e le numerose applicazioni concrete in entrambi i volumi; vedi la voce *Gute Sitten* nell'indice analitico.

[87] Cfr. ad esempio LIEBKNECHT, per la cui posizione in merito si rinvia più avanti al testo relativo alla n. 147, oppure alla recensione di OERTMANN in «Archiv für bürgerliches Recht», 13, 1897, p. 115 s.; F. ENDEMANN in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 41, 1899, pp. 517-526; E. HÖLDER, *Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft*, in «Deutsche Juristenzeitung», 13, 1908, pp. 46-51.

[88] In merito istruttivo e con reminiscenze della soluzione lotmariana E. STEINDORFF, *Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung*, in *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen 1963, pp. 58-79.

[89] BITZER, *Der freie Arbeits-Vertrag und die Arbeits-Ordnungen*, Stuttgart 1872. In generale su ciò J. RÜCKERT-W. FRIEDRICH, *Betriebliche Arbeiterausschüsse*, cit. Importante conferma a Bitzer viene da Schmoller, 1874 (v. la sezione I 4a), pp. 98 s.

contratti tariffari come vincolanti e inalienabili; diversamente in seguito, com'è noto, Sinzheimer procede con una costruzione non privatistica[90].

### c. Carattere politico

Se per una più precisa caratterizzazione politico-normativa della posizione di Lotmar si pone la domanda chi è che 'fa' le regole giuslavoristiche, allora ci si deve ricordare della sua risoluta separazione nella divisione del lavoro fra diritto e diritto auspicabile, fra *ius* e *factum*. Ciò significa stretta vincolanza del giudice e dei giuristi alla legge contrattata in sede politica; in questa cornice libertà dei partiti, e allo stesso tempo una creazione del diritto politicamente aperta e sensibile al parlamentarismo e allo Stato di diritto. Né i giuristi in quanto tali, né le persone interessate in quanto tali dovrebbero avere in mano la coercizione giuridica totalmente e con potere di modifica. Siamo di fronte ad una posizione liberale di Stato di diritto che allo stesso tempo vuole e può essere social-dinamica.

### d. Engel, Dühring, Brentano, Schmoller, M. Weber

Uno sguardo al parallelo piano di discussione, fecondo per le valutazioni e le motivazioni, dell'economia politica e della politica sociale, mostra voci analoghe e chiarisce i fattori determinanti e il senso politico-normativo delle posizioni. Alle voci per noi qui importanti appartiene anzitutto la conferenza, che suscitò grande interesse, tenuta da E. Engel a Berlino nel 1867 dal titolo *Arbeitsvertrag und*

[90] Cfr. complessivamente H. Sinzheimer, *Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft*, in «Arbeitsrecht», 9, 1922, pp. 586 ss., 590. Per l'interpretazione è utile F. Mestitz, *Zur Geschichte des Tarifvertragsrechts. Zwei Briefe von Philipp Lotmar und Hugo Sinzheimer*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 1987, pp. 36-50, sull'aspetto giuridico cfr. le indicazioni alla nota 293.

*Arbeitsgesellschaft*. Engel (1821-1896) era direttore dell'Ufficio prussiano di statistica[91]. Ancora più chiari saranno i contributi del suo famoso allievo Lujo Brentano, pubblicati dapprima nel 1871-72 in *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, quindi nel 1874 nel «Verein für Socialpolitik», nel 1877 in *Das Arbeitsverhältnis*, nel 1879 in *Die Arbeiterversicherung gemäß der heutigen Wirtschaftsordnung*, etc.[92]. Al centro è qui la s a l v a g u a r d i a d e l l a l i b e r t à che deve essere resa possibile attraverso il mezzo – ancora sospetto ai veteroliberali, si pensi solo alla famosa legge Le Chapelier del 1791 – della libertà di associazione sindacale, affinché, così Brentano nel 1877, la libera circolazione «diventi una realtà anche per i lavoratori»[93]. Le cosiddette leggi di fabbrica, e cioè le leggi di tutela dei lavoratori, e cioè il diritto pubblico, devono invece aiutare negli altri casi, e cioè laddove il libero mercato e la autotutela consentita dalla legge non bastano; esse devono compensare la debolezza dell'individuo rispetto al mercato[94]. La proposta di Engel di «società di lavoro» (*Arbeitsgesellschaften*) andava già nella stessa direzione, e mirava a libera partecipazione, a consociazioni, a partecipazione agli utili e simili[95]. Essenzia-

[91] Si veda il necrologio in «Der Arbeiterfreund», 34, 1896, pp. 378-383.

[92] (1844-1931). Oltre a questi titoli cfr. gli altri citati sopra nelle sezioni I 4a e 4g. La ricerca in sé assai vivace sui dibattiti guglielmini intorno alla politica sociale si concentra meno sulle enunciazioni dei principi normativi che invece sono quelle che qui ci interessano. Rinvio perciò, qui e per il seguito, solo rispettivamente all'utile sguardo d'insieme di H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie im 19. Jahrhundert*, Darmstadt 1977, pp. 106 s., 119, e a qualcosa di veramente utile nello specifico. Per una comparazione della posizione di Brentano si veda il suo contemporaneo Herkner (1891) cit. nella sezione I 4g; oggi cfr. G. TRAUTMANN, *Die industriegesellschaftliche Herausforderung des Liberalismus*, in *Sozialer Liberalismus*, Göttingen 1986, pp. 34 ss., qui 51 s.; per la storia del diritto R. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts*, cit., qui pp. 480, 469 s. e *passim*, vedi l'indice analitico. E. PICKER, *Die Regelung*, cit. alla n. 14, sottolinea a ragione il carattere più liberal-liberista possibile della soluzione di Brentano (p. 253 s., 302 s.).

[93] L. BRENTANO, *Das Arbeitsverhältnis*, 1877, p. 113.

[94] *Ibidem*, p. 293.

[95] In merito in generale e più dettagliatamente J. RÜCKERT-W. FRIEDRICH, *Betriebliche Arbeiterausschüsse*, cit., pp. 28-30, 94.

le resta l'orientamento alla libertà e all'aiuto per la autotutela anziché ad un aiuto paternalistico per la sopravvivenza o il benessere in quanto tale. Il sottofondo inglese è noto e lo si può cogliere nel 1848 in J. St. Mill che formula il principio in questo modo: «Un buon governo assicurerà tutto il suo aiuto in una forma tale che ogni piccola scintilla di energia individuale da esso trovata sia ravvivata fino a diventare una fiamma e alimentata»[96]. Per questa via tra l'altro, dopo il tramonto dei sistemi idealistici, un tardo giusnaturalismo liberale rientrò nel dibattito scientifico tedesco.

Concezioni analoghe si trovano nel noto (almeno perché suscitò la polemica di Marx ed Engels) economista Eugen Dühring[97], in un suo memoriale del 1866 scritto per incarico di H. Wagener, consigliere di Bismarck, e dello stesso Bismarck, allora presidente del ministero prussiano. Anche Dühring pone l'accento sulla necessità di sostenere le possibilità di autotutela attraverso il diritto di associazione sindacale e si dice favorevole alla creazione di un «diritto dei lavoratori» che canalizzi i conflitti e decida il meno possibile in senso statal-autoritario. Egli sottolinea: «L'intrusione diretta dello Stato dovrebbe essere invece limitata al caso estremo, e cioè al momento in cui sono esaurite le possibilità della 'regolazione puramente sociale'»[98].

In modo assai simile nel 1874 anche Gustav Schmoller (1838-1917), accanto a Brentano la seconda figura-guida del 'Verein für Socialpolitik' fondato nel 1872, mette in rilievo l'orientamento al «contratto... e alla moralità libera, consapevole di sé» e la visione dei problemi del presente come «abusi» di una libertà in sé giusta[99]. Il criterio è da lui formulato con-

[96] J. St. Mill (1806-1873), *Principles of Political Economy* (1848), qui citato dalla buona sintesi di R. Koch, *Liberalismus und soziale Frage im 19. Jahrhundert*, in *Sozialer Liberalismus*, cit., pp. 17-33, qui p. 27.

[97] (1833-1921). Cfr. solo H. Winkel, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., p. 80.

[98] Dühring (1866), qui citato dalla pubblicazione in «Soziale Praxis», 35, 1926, pp. 702 s.

[99] Schmoller (1874, citato sopra nella sezione I 4a), pp. 74 s., 96, 108,

venzionalmente, non astrattamente o normativamente: abusi sono quelle condizioni di lavoro «oggi comunemente considerate come abusi» (p. 74).

Questi dati e queste persone rimandano ad un contesto storico che vale la pena di illuminare. Ci troviamo a Berlino nel 1866-67, nella capitale della cosiddetta Nuova Era (1858-1862) e del periodo del conflitto costituzionale (1862-66), nella già menzionata fase liberale di fondazione del *Reich* e del decollo economico[100]. La citata conferenza dello statistico Ernst Engel lanciava sotto molti aspetti un segnale. Secondo quanto si dice nel sottotitolo essa «fu tenuta il 16 marzo 1867 nella *Juristische Gesellschaft* di Berlino in presenza di Sua Altezza Reale il principe ereditario e di molti membri del *Reichstag*» (il parlamento della Confederazione della Germania del Nord). I segnali significanti si sommano: uno statistico parla di fronte a giuristi, parla nella capitale della Prussia uscita vittoriosa dal 1866, la cosa si svolge con l'appoggio del principe ereditario liberale Friedrich, cioè della generazione imperiale tra Guglielmo I e Guglielmo II che andò perduta in seguito a morte tragica nell'anno 1889, l'anno dei tre imperatori, e con la viva partecipazione di parlamentari. La conferenza venne infine accolta nell'«Arbeiterfreund», la «Zeitschrift des Centralvereins in Preußen für das Wohl der arbeitenden Klassen»[101]. In essa si può

110. Similmente, ma con più forte sottolineatura e non solo per il primo Schmoller, cfr. ora E. PICKER, *Die Regelung*, cit., pp. 338 ss. Su Schmoller cfr. solo H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., pp. 119, 101-106: «non si riesce a riconoscere alcun sistema teorico» (p. 104). Sul tardo Schmoller a partire dal *Grundriß der Volkswirtschaftslehre*, 1900 ss., vedi sotto, pp. 324 ss.

[100] In merito ora soprattutto W. SIEMANN, *Gesellschaft im Aufbruch*, cit., pp. 190 ss. Molto illuminante sulla questione operaia H. VOLKMANN, *Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus 1848-1869*, Berlin 1968.

[101] Fondata nel 1863, prima come «Zeitschrift des Zentralvereins» nel 1858, ancora prima come «Mitteilungen des Centralvereins», a partire dal 1849, sostenuta dal Verein che esisteva dal 1844, in particolare da W. Lette (1799-1868), C. Degenkolb (1796-1862) e M. Weit (1808-1864), che già nella Paulskirche avevano presentato un importante progetto di

cogliere una continuità di apertura sociale vetero-liberale[102].

In tutto ciò c'è molto di nuovo e di caratteristico, in ogni caso una chiarificatrice apertura proprio verso concezioni di «contratto di lavoro». Giacché con la cosiddetta Nuova Era vengono esplicitamente formulate posizioni liberali orientate al principio di libertà su «questioni operaistiche» (*Arbeiterfragen*) e 'contratto di lavoro' e perfezionate con nuovi strumenti per nuovi problemi, problemi su cui prima non si era riflettuto così a fondo o non si era riflettuto affatto. La situazione politica dopo il 1848 aveva avuto un effetto frenante e le necessarie esperienze con i problemi concreti degli operai si infittirono proprio solo a partire dagli anni Sessanta[103]. R. Mohl (1799-1875) era negli anni Quaranta[104] un precursore che già rifletteva sulle esperienze extratede-

minoranza liberal-sociale di un ordinamento industriale; cfr. in merito, basilare e con fonti inedite, K. KLABEN, *Mitbestimmung und Mitverantwortung in der frühen Industrie. Die Mitbestimmungsdiskussion in der Paulskirche*, Frankfurt 1984, pp. 92 ss., 152 ss., 187 ss., 211 s. per una comparazione della concettualità. Per il contesto generale ora J. REULECKE, *Die Anfänge der burgerlichen Sozialreform in Deutschland*, in R. VOM BRUCH, *'Weder Kommunismus noch Kapitalismus'. Bürgerliche Sozialreform in Deutschland vom Vormärz bis zur Ära Adenauer*, München 1985, pp. 21-59, qui in particolare pp. 40 ss.

[102] In merito per il 1848-49 eccellente W. SIEMANN, *Wirtschaftsliberalismus 1848/49 zwischen Sozialverpflichtung und Konsensprinzip. Zur Debatte über das «Recht auf Arbeit» in der «Paulskirche»*, in *Festschrift für W. Zeeden*, Münster 1976, pp. 407-432, con la messa in luce di quattro posizioni politico-sociali nel 'liberalismo'; per il 1848-69 bene H. VOLKMANN, *Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus*, cit., pp. 53 s. su Degenkolb come uno «dei più importanti politici-sociali vetero-liberali». Su Mohl si veda di seguito nel testo, su Bluntschli sopra il testo a p. 272.

[103] Buono in merito R. KOCH, *Liberalismus und soziale Frage*, cit., con un'utile differenziazione dei problemi dei contadini, degli artigiani e degli operai. Sull'orizzonte di esperienza cfr. nello stesso volume p. 50 e 60. Concretamente sulla scorta dell'esempio sassone buono B. DÖLEMEYER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit.

[104] In merito cfr. solo di E. PICKER la versione più ridotta del 1986 del suo *Die Regelung*, cit. alla n. 14, pp. 262 e 310 s. e H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., pp. 163 s.; e inoltre importante anche K.W. NÖRR, *Eber Hegel*, cit., pp. 26-30 e 54: Mohl in linea di principio liberale.

sche. Adesso pian piano si chiarivano posizioni conservatrici, conservatori-sociali, cristiano-sociali, liberali e liberal-sociali, socialiste e social-liberali, ad esempio esemplificate nelle persone di Wagener, von der Heydt, Ketteler, Vincke, Lette, Schulze-Delitzsch, Lassalle, Bebel[105]. Gli intrecci, tipici del tempo, delle denominazioni di orientamenti politici confermano l'importante affermazione di Langewiesche che le posizioni politico-sociali non erano già fissate nelle posizioni politiche generali esistenti, ma che invece esse, spesso e faticosamente, furono sviluppate trasversalmente rispetto a queste ultime[106]. È dunque sbagliato attribuire posizioni di politica sociale con una frettolosa analogia con i grandi orientamenti politici. Per la storia del diritto e per i giuristi questo nodo non è ancora stato studiato quasi per niente nel contesto di quel periodo come invece è stato fatto ad esempio da Volkmann per il periodo precedente. Un esempio potrebbe essere rappresentato dall'assai citato primo Gierke con il suo schierarsi a favore della autotutela (*Selbsthilfe*) e delle associazioni[107]. Engel ad ogni modo aveva formulato una posizione chiaramente liberale, ma anche «assistenziale» dal punto di vista sociale. Gierke è vicino alle sue posizioni e vi si richiama anche[108].

[105] In merito eccellente H. VOLKMANN, *Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus*, cit., cfr. l'indice dei nomi.

[106] D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, cit., pp. 199, 225 s. Una conferma concreta di ciò si trova sul problema delle assicurazioni pensionistiche; in merito più in dettaglio J. RÜCKERT, *Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung*, in *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung*, hrsg. von F. RULAND, Neuwied 1990, pp. 1-50, qui pp. 21 s., 43.

[107] O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, Berlin 1868, pp. 1035 ss., 1038 (con Schulze-Delitzsch e Engel), 1040: solo la libera associazione darebbe vera libertà economica, il mutuo soccorso (*Selbsthilfe*) sarebbe però conciliabile con l'aiuto statale (*Staatshilfe*). In ciò è già visibile quell'impostazione dualistica che diventerà più chiara in seguito, cfr. sotto il testo presso la n. 197.

[108] *Ibidem*. Seguire queste indicazioni sarebbe un meritorio compito della ricerca che si occupa di Gierke. Ci sono anche riferimenti ai saggi di Schmoller del 1864-65. A trovare in Gierke nel complesso ambivalenza è K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., p. 52. Su Gierke più in dettaglio cfr. sotto il testo a pp. 353 ss., con esiti simili.

Uno sguardo su una voce importante dei tempi di Lotmar intorno al 1902 completa il quadro su questa concezione nel momento in cui essa fu molto contestata. Il giurista, economista e sociologo M. Weber scrisse nel 1902 una recensione, che è poi stata assai citata, alla basilare opera di Lotmar sul contratto di lavoro. Anche Weber pone l'accento sull'orientamento di principio alla libertà proprio di quella concezione criticata per il suo «formalismo»[109], ad esempio da Gierke nel 1883 e ancora in seguito, da Bornhak nel 1892, più tardi e contemporaneamente anche da sinistra, e si volge contro la polemica:

«Chi, come può accadere per fraintendimento, cerca nel formalismo della formazione dei concetti giuridici che lì [nell'impostazione di Lotmar] si manifesta, il fondamento dell'assai deprecato carattere 'non sociale' del diritto privato vigente o della giustizia esistente, sbaglia di molto. Ciò che urge non sono concetti 'positivi' non formali, ma norme giuridiche adeguatamente specializzate e una giurisprudenza imparziale, che si attenga severamente alla norma e con ciò anche alla forma – 'sorella gemella della libertà' –»[110].

Il nascosto richiamo alla libertà si riferisce certo coscientemente ad una coniazione di Jhering (1818-1892)[111], che ancora nel 1883 aveva accertato esserci in lui ancora troppo della vecchia, cioè fondata su una libertà privatistica, giurisprudenza pandettistica, per poter prender parte alla «nuova era della giurisprudenza» aperta tra gli altri da un Kohler (1849-1919).

[109] Sulla critica del formalismo e sul concetto di formalismo si veda J. RÜCKERT, *Formalismus*, cit.

[110] La recensione di M. Weber a Lotmar si trova in «Archiv für soziale Gesetzgebung», 17, 1902, p. 725.

[111] R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II 2, 1888, Leipzig 1883$^4$, p. 471: «La forma è la nemica giurata dell'arbitrio, la sorella gemella della libertà»; cfr. J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 69 s.; ora K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., ma solo per lo Jhering tardo.

e. ESITO

Per il concetto di «contratto di lavoro» come concetto privatistico risulta dunque: da Savigny fino a Lotmar e da Dühring, Engel e Brentano fino a Weber, nonostante differenze di posizione politica, emerge una concezione di principio per la comprensione del 'contratto di lavoro' come concetto giuridico, sociale, economico e politico fondamentale. Io chiamo questa concezione una concezione coerentemente liberale, una concezione della libertà attraverso il diritto, perché:

1) la soluzione liberale di diritto contrattuale e di diritto privato è primaria,

2) in presenza di deficit viene cercata per prima cosa la solidarietà attraverso l'associazione sindacale e altri mezzi,

3) solo dopo si accetta l'aiuto 'giuspubblicistico' 'dall'alto' e solo come aiuto alla autotutela,

4) anche questo è accolto solo nelle forme dello Stato di diritto (cioè attraverso leggi speciali, il mantenimento della forma, la divisione dei poteri, il vincolo dei giudici alla legge) – un punto spesso trascurato –, e

5) i deficit vengono visti come «abuso» che non tocca sostanzialmente e non mette in crisi la concezione. I deficit pongono qui dunque problemi in parte concreti, in parte speciali (così Weber), come ad esempio, anche allora, la cosiddetta concorrenza sleale[112]. La dipendenza di determinati gruppi di persone che lavorano viene compresa come problema politico-economico e non come conflitto di principi giuridici tra libertà e socialità, conflitto quest'ultimo che metterebbe in crisi il sistema normativo. La soluzione sta perciò nel trovare migliori strumenti per assicurare la libertà e l'uguaglianza, e non in un nuovo orientamento verso il 'sociale' come principio normativo. Il completamen-

[112] In merito l'informativo sguardo d'insieme di W. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, II, München 1983, pp. 372 ss.

to attraverso il diritto pubblico dello Stato di diritto (diritto elettorale, diritto di associazione, polizia) con un diritto penale restrittivo (rottura del contratto, sciopero) rientra in questa concezione e vi si deve perlomeno accennare.

Questa concezione di fondo si univa allora anzitutto a basi teoriche influenzate dal kantianesimo[113]. Essa non riguarda solo il diritto privato, ma presuppone un concetto di fondo di diritto e di diritto privato come diritto di libertà[114]. Diritto privato è qui *pars pro toto*, per la libertà attraverso il diritto in genere. Anche il diritto pubblico è pensato nello stesso modo. Un diritto speciale con altri principi è estraneo al sistema e appare sospetto. Il problema era come si poteva tradurre l'orientamento al valore della libertà per i nuovi problemi nei vecchi concetti fondamentali. Il diritto pubblico doveva venir differenziato da semplicemente politico in un diritto che fosse anche socialmente utile (*sozial-helfend*), il diritto privato doveva essere reso effettuale. Lotmar e già Savigny hanno contribuito a ciò considerevolmente.

## 2. 'Contratto di lavoro' come contratto dei lavoratori e diritto dei lavoratori

Nella seconda concezione non si parla di contratto di lavoro e di diritto del lavoro, ma di «contratto dei

[113] In merito più in dettaglio J. RÜCKERT, *Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts*, in *Locke und Kant. Historische Bedeutung und aktuelle Rezeption*, Berlin 1991, circa 60 pp. (in corso di stampa). Anche nel lavoro di D. KLIPPEL, *Der Lohnarbeitsvertrag*, cit., sul contratto di lavoro salariato nei testi filosofico-giuridici fino al 1850 circa, si può seguire bene l'allontanarsi da Kant della filosofia fino al 1850 circa. Segue però una *renaissance*; similmente già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), cit., che vede Hegel e Savigny contro Kant all'inizio di un orientamento di valore «gesellschaftlich» o «sozial» in queste questioni (pp. 53 ss. e oltre).

[114] In sé giusta ma troppo stretta particolarmente per i punti 3) e 5) la problematica e l'interpretazione in E. PICKER, *Die Regelung*, cit., che prende le mosse solo dalla lotta di lavoro e qui dal «principio contrattuale» privatistico.

lavoratori» e di «diritto dei lavoratori». 'Contratto di lavoro' è qui elemento di un diritto di ceto (professionale), cioè un diritto speciale dei prestatori d'opera con principi suoi propri («diritto dei lavoratori»).

### a. Bornhak

Un buon esempio di questa concezione è il voluminoso lavoro di Conrad Bornhak del 1892 dal titolo *Das deutsche Arbeiterrecht, systematisch dargestellt*[115]. Il giovane Bornhak, nato nel 1861, libero docente dal 1887, dal 1896 professore straordinario di diritto pubblico e diritto amministrativo a Berlino, era inoltre molto attivo nel settore della storia del diritto contemporaneo[116]. Egli si scaglia duramente contro una visione «individualistica». Vede in essa mero «formalismo» (p. 527) e un individualismo che permette solo l'elemosina ai poveri (p. 543). Del tutto diversamente da Lotmar, che aveva usato il metodo della separazione, egli intende diritto come mera espressione, quanto più possibile corrispondente, dell'ordine economico (p. 526). Egli corregge perciò il diritto privato, secondo lui insufficiente nei principi, con il cosiddetto diritto sociale (*soziales Recht*). Nel 1892 è per lui diritto sociale quel diritto che si esplica attraverso una «monarchia della riforma sociale» (p. 542). Egli riprende dunque questa famosa formula di Lorenz von Stein che l'aveva coniata nel 1850[117]. Ma ciò

[115] Negli «Annalen des detschen Reiches» di Hirth, 1892, pp. 501-690.

[116] *Kürschners Deutscher Literatur-Kalender*, 1911; W. Kosch, *Biographisches Staatshandbuch*, I, 1963, p. 143: morto nel 1944. Ad ogni modo Bornhak si schierò contro il regime nazionalsocialista.

[117] Dapprima in L. Stein (1815-1890), *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, III, 1850, ristampa Darmstadt 1959, p. 41. Di nuovo tra l'altro in *Handbuch der Verwaltungslehre*, Stuttgart 1887-1888[3]. Dalla ricchissima letteratura su Stein si rimanda qui a R. Dubischar, *Einführung in die Rechtstheorie*, Darmstadt 1983: su Stein, Mohl, Gierke, Duguit nella loro «diagnosi teorico-giuridica del 'sociale'», p. 31 ss., e a G. Gozzi, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna 1988, cap. 1, particolarmente pp. 27, 147 (per il 1881). Di monarchia sociale parla nel 1859 la «Berliner Revue» radu-

non riguarda solamente il diritto privato. Bornhak vede con favore la monarchia sociale perché per lui lo Stato parlamentare è «incapace in sé e per sé di qualsiasi seria riforma sociale» (p. 541). Oggi, sulla scorta di moderne interpretazioni di Napoleone III e di Bismarck, si parlerebbe di una soluzione bonapartistica[118].

I deficit sociali non sono per Bornhak deficit di libertà dovuti ad abuso di libertà. Come strumento contro la necessità, cioè per la tutela e l'assistenza egli può perciò consigliare cosiddette unioni sociali corporative. Il loro punto di partenza non deve essere l'individuo ma lo Stato (p. 543). Concretamente egli intende con ciò «corporazioni» (*Innungen*) con facoltà giuspubblicistiche (pp. 548 ss., 555); così per dopo il 1881[119].

Egli non ammette la libertà come principio (p. 537) in diretta polemica con Brentano. Le coalizioni dei lavoratori per lui non sono affatto strumenti di libertà e uguaglianza ma solo prodotti del «terrorismo dei capi», della «coercizione di una piccola minoranza» (*ibidem*).

La tutela dei lavoratori, secondo Bornhak, diventa una contraddizione «nel libero ordinamento giuridico ed economico individualistico» (p. 641). Singole norme coercitive di diritto civile non potrebbero rappresentare una soluzione, perché con esse «verrebbe immessa nello stesso ordinamento giuridico la contraddizione che originariamente sussisteva tra forma giuridica e contenuto economico del rapporto» (p. 641). Si tratta dunque per Bornhak, di «norme giuridiche» insoddisfacenti, «basate su principi opposti» (p. 641). In effetti, si perviene alla «contraddizione» quando il diritto pubblico non viene inteso come orientato al princi-

nata attorno a Wagener e Frantz, vedi A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., p. 107. Ora, a insistere a ragione con maggiore forza sui deficit di libertà in Stein, K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., pp. 31-36 con 52.

[118] Cfr. sopratutto H.-U. WEHLER, *Bismarck und der Imperialismus*, Köln-Berlin 1969.

[119] Sui compiti di queste corporazioni vedi C. BORNHAK, *Das deutsche Arbeiterrecht*, cit., alla n. 115, p. 552.

pio di libertà, quando ogni obbligo e anche l'aiuto emancipatore tendono a forzare la concezione di libertà. Ma il problema, che a poco a poco divenne chiaro, era proprio se di questo si dovesse necessariamente trattare.

Ad ogni modo per Bornhak era lo stesso Stato a dover prendere l'iniziativa per sostituire il diritto del lavoro individualistico con uno «sociale» (p. 551). I decreti in difesa dei lavoratori di Guglielmo II del febbraio 1890 sarebbero la via giusta in questa direzione. Per risolvere i problemi non serve la solidarietà emancipatrice dal basso ma solo l'assistenza dello Stato. Coerentemente con ciò Bornhak giudica del tutto positivamente le ordinanze sul lavoro (p. 673) e le saluta dal punto di vista della sistematica giuridica come una «formazione giuridica ibrida dalla testa bifronte», di tipo dunque non solo contrattuale:

> «Essa [l'ordinanza sul lavoro] con l'una faccia appartiene ancora alla regolazione privatistica individualistica del rapporto di lavoro, con l'altra già al nuovo diritto sociale» (p. 673).

La figura giuridica dell'ordinanza sul lavoro viene salutata come momento di transizione verso un diritto sociale. Il motto e la profezia è dunque diritto sociale e in particolare contro il diritto liberale (*ibidem*, esplicitamente). Diritto «sociale» è ormai un lemma nuovo, gli anni Novanta l'hanno introdotto stabilmente. È qui imboccata con chiarezza la via del diritto speciale.

### b. Carattere politico

Che carattere politico ha questa concezione giuridica, chi 'fa' in questa concezione in ultima analisi le regole per il diritto del lavoro cetual-professionale? Ad essere chiamati in causa sono anzitutto i titolari dello 'Stato' monarchico, e non in prima istanza i soggetti di diritto privato. Ciò cui ci si riferisce non è neanche lo Stato di diritto costituzional-parlamentare, e nemmeno il ceto professionale in quanto tale, che partecipa collettivamente alla sua autode-

terminazione o almeno ad una partecipazione effettiva. Le commissioni operaie sono qui solo «organi di perequazione sociale» (p. 674) e gli ordinamenti di fabbrica necessitano della piena autorizzazione da parte dello Stato (p. 670 n.).

La concezione è dunque cetual-patriarcal-monarchica. Ciò che si suggerisce non è un soccorso emancipatorio finalizzato a stimolare la solidarietà ma invece un soccorso che sottomette al proprio dominio. Si tratta, per dirla con la nota espressione consolidata di assistenza «statal-socialistica» con momenti di coercizione, si tratta di benessere 'dall'alto'.

### c. Schmoller, Wagener, Wagner

Nell'economia politica e nella politica sociale si trovano voci che possono essere messe a confronto con quella di Bornhak, ad esempio il tardo Schmoller (1838-1917)[120], prima di lui già negli anni Sessanta H. Wagener (1815-89), e Adolph Wagner (1835-1917), la terza figura-guida del primo 'Verein für Socialpolitik'[121]. Caratteristico è l'accento in tutti assai forte, nel dubbio dominante, posto sullo Stato e sul bene comune. A ciò si vuole qui solo accennare dato che la posizione di Bornhak è già chiara di per sé. Per Schmoller ciò è stato riconosciuto con sfumature diverse già da tempo[122] ed è ben visibile nei suoi testi più

[120] Sul primo Schmoller cfr. sopra il testo presso la n. 99.

[121] (1835-1917). Cfr. solo H. Winkel, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., p. 119, 130 ss., 151, 162. Uno sguardo completo molto equilibrato ed utile su protagonisti e posizioni politiche e politico-sociali all'interno del Verein fornisce ora D. Krüger, *Max Weber und die «Jüngeren» im Verein für Sozialpolitik*, in *Max Weber und seine Zeitgenossen*, hrsg. von W.J. Mommsen-W. Schwentker, Göttingen 1988, pp. 98-118.

[122] Cfr. di recente D. Krüger, *Max Weber und die «Jüngeren»*, cit., pp. 100 s. Anche E. Picker, *Die Regelung*, cit., p. 335, lo riconosce. Ciononostante egli fa rientrare Schmoller nella sua linea del principio di contratto, ma in forma debole: esso sarebbe sostenuto da Schmoller come «obiettivo» ultimo (p. 324), come grado evolutivo (p. 336)) e appoggiandosi a una selezione di scritti del primo Schmoller del 1864, 1872, 1874.

tardi a partire dal 1890 circa. Su punti importanti come tariffa protezionistica, cartelli, burocrazia e parlamento egli non sta dalla parte della libertà[123]. Nel 1917, nella sua opera-testamento *Die soziale Frage*, nel prendere posizione su «L'odierno libero contratto di lavoro»[124] tiene accuratamente una posizione di indecisa sospensione tra «libertà e ordine» (p. 208), che dovrebbe essere sempre risolta nel «compromesso». Un «crescente ordine giuridico della società» è per lui la «premessa di tutte le forme economiche superiori» (p. 209). Il diritto diviene strumento di compromesso. Il suo contenuto e il criterio dell'ordinare restano però in sospeso, non vengono centrati rispetto al principio di libertà e nemmeno rispetto ad una libertà in qualche modo 'materiale'. Senza commento, e perciò lasciato allo *status quo*, resta anche il problema di chi e secondo quali regole dovrebbe fare il diritto migliore. Herkner (1863-1932) gli si avvicina dopo il 1905[125]. Per

L'esibizione delle prove documentarie di Picker purtroppo è assai poco trasparente dato che i rinvii e le citazioni sono sorprendentemente spesso erronee, manca un controllo cronologico e con scarsa cognizione di causa viene tirato in ballo ora questo ora quel testo come «il più importante» o «il più esemplare». Il tentativo di riportare l'irenico Schmoller ad un principio rigoroso, immette forzatamente coerenza in testi che invece vivono della loro natura mediatrice; a questo proposito, vedi subito nel testo.

[123] Informativo su Schmoller in generale è ora il volume *Gustav Schmoller in seiner Zeit*, hrsg. von P. SCHIERA-F. TENBRUCK, Bologna - Berlin 1989, qui in particolare vom Bruch alle pp. 171 s. sul 1917-18, Krüger pp. 388 s. per la sua posizione favorevole ai cartelli nel 1905, Tieck pp. 412 s. per l'accettazione della tariffa protezionistica, pp. 415 s. sulla monarchia sociale – tutti elementi anti-indiviadulistici; sulla questione dei cartelli esauriente R. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts*, cit.; per l'aspetto politico inoltre con un'ampia comparazione R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich*, in *'Weder Kommunismus noch Kapitalismus'*, cit., pp. 61-179, qui 171 s., 177, 179: «statalista socialconservatore».

[124] G. SCHMOLLER, *Die soziale Frage. Klassenbildung, Arbeiterfrage, Klassenkampf*, München – Leipzig 1918, qui la sezione così sovratitolata, pp. 240 ss. Il libro è un distillato rielaborato del suo *Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre* (1900 ss.).

[125] In merito D. KRÜGER, *Max Weber und die «Jüngeren»*, cit., pp. 103 s.

Wagener e Wagner si è qui costretti a limitarci a pochi accenni[126].

Interessante, accanto ai principi di contenuto, è l'aspetto, cui raramente si è prestato attenzione, del metodo. Evidentemente, nessun oggetto si costruisce senza determinati metodi. A unire queste concezioni dal punto di vista del metodo è il fatto che qui le valutazioni giuridiche determinanti o normative in genere vengono ovunque tratte direttamente e presuntivamente dai rapporti economici oppure dal modo in cui appunto «si configura il rapporto di Stato e società»[127]. Ciò che importa è appunto il «si»: la conformazione viene così intesa come già data e tendenzialmente sottratta all'aperta forma e legittimazione politica ad esempio attraverso i parlamenti e le loro leggi. Le valutazioni vengono trovate in un certo qual modo giuridicamente oppure autoritariamente, e non attraverso la mediazione del parlamento o della costituzione, in ogni caso a livello monarchico. La separazione lotmariana di procedimento giuridico e procedimento politico[128], di condizione giuridica e condizione economica, viene rigettata.

### c. Esito

Nella concezione di 'contratto di lavoro' come 'diritto dei

e 108 s. È infruttuoso leggere insieme le diverse edizioni di *Die Arbeiterfrage* a dispetto delle loro differenze, come fa Picker; su Herkner cfr. pp. 331 ss.

[126] Buono su Wagener H. VOLKMANN, *Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus*, cit., p. 182 e *passim*, anche A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., pp. 106 ss. per un confronto con Roesler; per Wagner *ibidem*, pp. 113, 127, 217 s., e particolarmente 253 s. dove lo si definisce «socialgiuridico» anziché liberal-astratto; non convince l'interpretazione di E. PICKER, *Die Regelung*, cit., p. 329 s., basata solamente sul testo del 1912. Nelle citazioni di Picker ad esempio la «legge morale» compare come criterio anteriore a quello della libertà. Cfr. inoltre solo H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., p. 119 e *passim* e con buone pezze d'appoggio già L.H.A. GECK, *Zur Sozialreform des Rechts*, cit., pp. 19-23.

[127] Cfr. solo C. BORNHAK, *Das deutsche Arbeiterrecht*, cit., p. 532 e 538.

[128] Vedi sopra il testo relativo alla n. 70.

lavoratori', diritto del lavoro e contratto di lavoro sono intesi come non primariamente privatistici e cioè come *diritto speciale* di un ceto, che deve essere tutelato, nella monarchia per ceti. Il contratto di lavoro resta certo uno strumento contrattuale individuale ma non è espressione di un'impostazione *di principio* individuale, liberale; esso non è un contratto come gli altri contratti che si incontrano nel diritto privato. Esso è paragonabile al matrimonio che nel *BGB* del 1900 viene allo stesso modo fondato sul consenso, ma che per il resto è ampiamente inserito nel diritto costrittivo, eteronomo[129]. Nel contratto viene immesso del cosiddetto diritto pubblico, più appropriatamente *sociale*, in concreto organizzazioni corporative. Il diritto *pubblico* viene in soccorso non solo in caso di abuso, come voleva ad esempio Savigny. La *dicotomia* di diritto privato libero e diritto pubblico limitato viene abbandonata. Neanche il diritto pubblico è pensato come di per sé liberale. Una preminenza del diritto privato non esiste più. La tutela dei lavoratori diviene perciò una rottura del sistema «del libero ordinamento individualistico del diritto e dell'economia» (Bornhak). Ciò che si chiede è un cosiddetto *diritto sociale*, nuovo nei principi e perciò nuovo anche nel nome. A trasporlo nella pratica devono essere organizzazioni *corporative*, da ultimo e soprattutto lo Stato. La libertà, nell'ambito del benessere, proviene 'dall'alto' «statal-socialisticamente», monarchico-*patriarcalisticamente*. In linea di massima libertà è grazia, o assistenza, o ricompensa per la collaborazione data in qualità di membro di un organismo, essa non è compenso e diritto a sé stante acquisito. In questa concezione dovere di fedeltà e dovere di assistenza, regole particolari di solidarietà nel rischio etc. possono essere aggiunte in linea di principio senza alcun problema. La proposta di Gierke, accolta con favore, dei doveri di assistenza dei datori di lavoro, secondo i parr. 617 s. del Codice di diritto civile (*BGB*) del 1900, in caso di malattia e di pericoli per la salute e la vita dell'obbligato al

[129] Cfr. i paragoni così effettivamente fatti sopra, nel testo relativo alla n. 6.

servizio, e la sua interpretazione del 1914 del contratto di servizio come contratto di servizio fedele, hanno qui un significativo sostegno di principio, per quanto esso non sia espresso così scopertamente da Gierke medesimo[130].

Con la concezione statal-giuridica liberale e la concezione social-monarchico-patriarcale sono stati qui colti e presentati entrambi i due tipi principali che avevamo annunciato. Sullo sfondo rappresentato da questi due tipi si possono esporre più sinteticamente le altre restanti concezioni.

## 3. 'Contratto di lavoro' e 'diritto dei lavoratori' come diritto di classe

Di diritto dei lavoratori si parla anche, molto consapevolmente, in un senso del tutto diverso da come lo intendevano Bornhak e altri giuristi[131]. «Diritto dei lavoratori» non è qui usato patriarcalisticamente in riferimento ad un ceto né è inteso come relativo ad un ceto professionale, ma invece come un diritto cosciente della sua natura di classe. All'interno di questa concezione «contratto di lavoro» è una figura giuridica imposta facente parte di un diritto meramente positivo, capitalistico, una figura giuridica che scaturisce da principi considerati da respingere.

[130] *Die Wurzeln des Dienstvertrags*, in *Festschrift H. Brunner*, 1914, pp. 37-68; nel 1917 in *Deutsches Privatrecht*, III, 1917, p. 643 egli vede la specificità del diritto dei braccianti agricoli «nella forza particolare dei suoi effetti di diritto personale»; cfr. sotto il testo relativo alla n. 200.

[131] Cfr. sopra l'elenco nella sezione I 4c: Dankwardt, Maas, Kohler. Su H. Dankwardt, per lo più giudicato dispregiativamente, (Endemann 1896, Jacobi 1890, Krause 1970, Söllner 1972; dati biografici sull'avvocato di Rostock mancano dappertutto, anche in Landsberg 1910, nella *NDB*, etc.) riferiscono A. SÖLLNER, *Der industrielle Arbeitsvertrag*, cit., e R. DUBISCHAR, *Zur Entstehung*, cit.

Un buon esempio di questa concezione ci è offerto da Arthur Stadthagen. Egli visse dal 1857 al 1917, dal 1884 esercitò a Berlino la professione forense, dal 1889 fu anche membro del consiglio municipale, e nel 1892 fu «allontanato» dal collegio dei probiviri dalla sua professione di avvocato per essersi espresso negativamente sulla giustizia. Diventò quindi redattore di «Vorwärts», entrò a far parte della SPD/USPD, fu membro del *Reichstag* dal 1890, partecipò infine assai attivamente ai dibattiti sul BGB[132]. Con il suo libro, uscito la prima volta nel 1895, *Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland aus dem gewerblichen Arbeitsvertrag... Mit vielen Beispiele und Formularen...* entra a pieno titolo tra gli esponenti della concezione di cui qui si tratta. Stadthagen stigmatizza le regole del *BGB* sul contratto di servizio come espressione degli «interessi della borghesia»[133] (p. 8), come prive di «qualsiasi riguardo verso la specificità del contratto di lavoro vero e proprio» (p. 9) e di «una considerazione dell'elemento caratteristico dell'odierno modo di produzione capitalistico, dove l'operaio utilizza la sua propria forza-lavoro come merce per l'impresa economica di un altro e diventa egli stesso una componente del processo di acquisizione» (p. 10). Egli chiede perciò una «regolazione di questo importantissimo contratto della nostra vita economica, che corrisponda a questa natura del contratto economico di lavoro» (p. 10). Ciò che si ode quindi nuovamente è la richiesta metodologica di Bornhak che il diritto deve adeguarsi all'economia. A differenza di Bornhak tuttavia, Stadthagen chiede però anche allo stesso tempo uno «sviluppo liberale del diritto dei lavoratori» (p. 8), senza precisare ulteriormente il contenuto di questo collegamento e orientamento.

[132] Cfr. Jahnel in W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin 1978, p. 123. Sull'*Arbeiterrecht* di Stadthagen ora brevemente anche R. DUBISCHAR, *Zur Entstehung der Arbeisrechtswissenschaft*, cit., p. 85 s., precedentemente in modo simile K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., p. 24.

[133] Nei passi del testo che seguono, i numeri di pagina indicati si riferiscono alla 4a ed. del 1904.

La concezione di principio di Stadthagen risulta come indebolita dal concentrarsi del libro, che doveva essere anzitutto di utilità pratica, sul diritto positivo. Eppure è chiara la concezione di un diritto dei lavoratori a sé stante, relativo ad una classe. È anche per questo che il libro è scritto in un linguaggio il più popolare possibile ed è costruito in modo da essere immediatamente d'aiuto, con molti formulari etc.; in ciò del resto è assai riuscito ed è un fenomeno specificamente «tedesco»[134]. In questa tensione del libro a fornire immediatamente un aiuto è dunque insito anche un elemento emancipatore. Con questo libro in mano ci si deve poter aiutare da sé.

La concezione di un tale diritto dei lavoratori e l'elemento emancipatore presenti in Stadthagen si trovano, senza l'indebolimento dovuto allo scopo della trattazione, in modo più risoluto ad esempio in H. Müller nel 1892 e in K. Liebknecht nel 1903, in un gruppo di autori dunque impegnati nella socialdemocrazia. Di questo gruppo si dice di solito far parte anche K. Flesch, il quale però segue un'altra concezione.

Karl Flesch (1853-1915), avvocato di Francoforte e consigliere comunale[135], scrive nel 1901 *Zur Kritik des Arbeitsvertrages. Seine volkswirtschaftlichen Funktionen und sein positives Recht*[136], nel 1903 su *Die Tragödie des Arbeitsvertrages*[137] e qualcos'altro ancora di simile[138].

[134] Così G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 211 nella nota.

[135] *Stadtrat* dal 1884, rappresentante della «Fortschrittliche Volkspartei» nella Camera dei deputati prussiana; su di lui H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft* (1937), Frankfurt a.M. 1953, pp. 209 s.; su di lui brevemente K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 24-27.

[136] Nel 1910: *Reform des Arbeitsrechts. Vortrag*, Berlin 1910, ristampato in H. POTTHOFF, *Probleme des Arbeitsrechtes*, Jena 1912, pp. 238-42 e in «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 11, 1910, pp. 121 ss.; fu coeditore della rivista «Das Gewerbegericht» con Jastrow (su quest'ultimo vedi sotto alla n. 231).

[137] In «Süddeutsche Monatshefte», 2 I, 1905, pp. 239-243 (testo del 1903 s. a. E. p. 243).

[138] Nel 1912 *Beiträge zur Kritik des Arbeitsvertrages*. Ulteriori indicazio-

Flesch caldeggia «la trasformazione del rapporto di lavoro da un diritto di forza in un mero rapporto giuridico» (p. 242), il che significa per lui l'accantonamento di qualsiasi «potere del direttore di produzione che valichi il limite del potere indispensabile a garantire il corso ininterrotto della produzione» (p. 238). A questo scopo egli propone tutta una serie di strumenti riformatori: dalla promozione del ruolo del cittadino nello Stato (diritto elettorale uguale, partecipazione all'autogoverno, e simili), alla salvaguardia della posizione del lavoratore nel contratto di lavoro (tutela pubblicistica dei lavoratori, collocamento al lavoro e ricerca del posto di lavoro, partecipazione dei lavoratori al collocamento e nei tribunali, diritto di coalizione, diritto tariffario, istanze arbitrali, commissioni operaie, e simili), fino alla protezione come persona del nullatenente (tutela dal pignoramento, regolazione del salario, assicurazione sociale, scuole pubbliche gratuite, assistenza sanitaria, sviluppo della formazione e istituzioni simili, tutela abitativa e simili).

L'obiettivo verso cui deve condurre questo ampio spettro di strumenti di riforma politico-sociale è però chiaramente formulato da Flesch come «l'acquisizione della maggiore quantità possibile di libertà» (p. 239). Flesch affronta dunque il problema non come puramente sociale o di potere e come inevitabile espressione dell'economia, ma insiste invece sul vantaggio normativo della libertà. Coerentemente con questo atteggiamento egli chiede perciò solo una trasformazione del rapporto di lavoro in un «rapporto giuridico» e il sostegno di quanta più possibile autodeterminazione, ma non un intervento diretto «nella società» attraverso lo Stato o la lotta di classe o la 'rivoluzione'. La sua concezione è perciò emancipatrice e avversa a quell'aiuto che conduce al dominio sociale. I riferimenti a Flesch in Potthoff, che ad esempio nel 1912 gli aveva fatto una dedica in cui lo definiva l'«antesignano di un diritto sociale e del lavoro tedesco»[139],

ni in J. STAMMHAMMER, *Bibliographie der Social-Politik*, II, cit. Nei passi del testo che seguono, i numeri di pagina si riferiscono all'opera del 1912.

[139] La dedica si trova in H. POTTHOFF, *Probleme des Arbeitsrechts*, cit.

e così pure in Sinzheimer nel 1923 e nel 1937[140], inducono facilmente in errore. La concezione di Flesch corrisponde ad una linea liberal-sociale, non ad una socialistico-collettiva, sia essa «statal-socialistica» o 'socialistica' di altro tipo. Egli fu pur sempre proposto da Miquel nel 1890 per la seconda commissione sul *BGB*, nonostante fosse considerato come un «capo degli operai e un democratico»[141].

Hans Müller, nato nel 1867[142], nel 1892 traccia da Zurigo (esilio?) alcune scarne linee di fondo sul tema *Das Proletariat und die bürgerliche Rechtsordnung*[143]. Egli formula in effetti una concezione classista, peraltro già corrente, del diritto privato e al suo interno del diritto del lavoro e del contratto di lavoro, riallacciandosi in parte al famoso scritto di A. Menger del 1889-1890[144], ma si concentra su questioni penalistiche, evidentemente più scottanti.

Di «W. Liebknecht», ma più probabilmente di suo figlio, Karl Liebknecht (1871-1919), dal 1899 penalista berlinese della SPD ben presto assurto alla notorietà e membro del *Reichstag* dal 1912[145], appare nel 1903 in «Die Neue Zeit», il

Analogamente quindi qua e là nel testo. Non chiaro anche K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit.

140 Per il 1923 vedi sotto il testo relativo alla n. 206, per il 1937 H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker*, cit., p. 209.

141 Secondo W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, cit., p. 50.

142 *Kürschners Deutscher Literatur-Kalender*, 1931: scienziato sociale, in particolare esperto di consorzi, libero docente a Zurigo nel 1914, quindi professore in scuole di economia della Turingia.

143 In *Sozialpolitisches Handbuch*, hrsg. von H. LUX, Berlin 1892, Verlag der Expedition des «Vorwärts», pp. 230-235, cfr. p. 234 indirettamente sul diritto del lavoro.

144 A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, pubblicato dapprima in «Archiv für soziale Gesetzgebung», 1889-90, quindi separatamente nel 1890 (ristampa 1968).

145 Su entrambi *Biographisches Lexikon zur deutsche Geschichte*, Berlin (Ost) 1970, pp. 417 s., e *Mitglieder der Reichstage. Biographisches Handbuch der Reichstage*, hrsg. von M. SCHWARZ, Hannover 1965, p. 388. W. Liebknecht visse dal 1826 al 1900, fu padre fondatore della SPD, depu-

«settimanale della socialdemocrazia tedesca» (sottotitolo), un contributo dal titolo *Der Arbeitsvertrag*[146].

Anche qui il contenuto di principio della concezione c l a s s i s t a del 'contratto di lavoro' non è chiaro in modo assoluto. Un nuovo principio è presente solo in parte: in primo luogo si tratta infatti semplicemente di una c r i t i c a alla concezione liberale, nella misura in cui ciò che si lamenta è in prima istanza la mancanza di libertà. In essa non è contenuto alcun principio nuovo, quanto piuttosto addirittura la richiesta di realizzazione dell'ideale di libertà, richiesta formulata in un modo certo particolarmente energico. Con un orientamento positivo Stadthagen ad esempio caldeggia nuovamente come prima cosa uno sviluppo l i b e r t a r i o, è poi però vago nel prospettare una soluzione che corrisponda alla n a t u r a della realtà economica. K. Liebknecht colloca il 'contratto di lavoro' nella cornice storicizzante di epoche di generale lotta di classe[147], senza sviluppare direttamente dei principi positivi. Entrando nei dettagli egli nega tra l'altro l'assunto che dai contratti sindacali derivi un dovere di adempimento (p. 335) e una responsabilità (p. 343), rigetta cioè le conseguenze svantaggiose della costruzione basata sul diritto privato senza però disconoscerne gli altri vantaggi. La distanza rispetto alla concezione giuridico-privatistica emerge dal fatto che egli ne ac-

tato del *Reichstag* dal 1867 al 1900. Dato che l'articolo fa riferimento al volume I dell'opera di Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, cit., del 1902, non può certo esserne il padre, morto nel 1900, l'autore, ma invece il figlio, se si accoglie l'ipotesi di uno scambio di nomi. Il contributo non è contenuto in K. LIEBKNECHT, *Gesammelte Reden und Schriften*, I: *September 1900-Februar 1907*, Berlin (Ost) 1967. Sul figlio cfr. ora O.K. FLECHTHEIM in *Streitbare Juristen*, Baden-Baden 1988, pp. 117-128, dove però manca quasi del tutto una considerazione dell'aspetto giuridico. In merito A. KAISER, *Rechtstheorie und Rechtsmethodik Karl Liebknechts*, in *Festschrift W. Abendroth*, 1982, pp. 169-189.

[146] In «Die Neue Zeit», 21 II, 1903, pp. 331-343, che è contemporaneamente una recensione al I volume di Lotmar del 1902.

[147] W. LIEBKNECHT, *Der Arbeitsvertrag*, cit., pp. 331-333, con similitudini rispetto alla parte storica in Stadthagen.

coglie favorevolmente solo i vantaggi[148]. Determinante è qui non una posizione valutativa in prima istanza libertaria, ma invece un punto di vista che privilegia la classe, vagamente più egualitario. Ciò emerge dall'opposizione di Liebknecht all'assunto di Lotmar per cui esiste un dovere di entrambe le parti al rispetto dei contratti sindacali, al quale si potrebbe opporre solo, in base al par. 138 del *BGB*, il rifiuto legittimo di seguire una disposizione del datore di lavoro contro lo sciopero. Una disposizione come questa è considerata da Lotmar contraria alla morale[149]. In ciò però Liebknecht vede solo un'«uguaglianza formale», e caldeggia dunque implicitamente una uguaglianza 'reale' e in concreto un unilaterale diritto, legittimato «social-evoluzionisticamente», della parte lavoratrice di rompere i contratti sindacali. Questo diritto unilaterale di rottura del contratto deve condurre all'uguaglianza, un'uguaglianza i cui limiti restano però del tutto oscuri:

«Anche nella morale l'uguaglianza formale può essere la più grande diseguaglianza di fatto. Più in alto di un imperativo morale formale sta lo sviluppo sociale, l'aspirazione del ceto operaio ad un livello culturale più alto, la sua liberazione dal giogo opprimente della schiavitù salariale. Poveri di mezzi di potere economico, immediatamente dipendenti nella loro esistenza dalla classe dei capitalisti, gli operai possono raggiungere qualcosa solo attraverso la più stretta unione, la più rigida organizzazione. Il dovere di coalizione sindacale dei lavoratori viene dunque esercitato in vista del più alto sviluppo della società, del progresso sociale e culturale. Se si prendono le mosse da questo punto di vista social-evoluzionistico non si può parlare di un dovere morale dei capitalisti e degli imprenditori a dare il loro contributo per il raggiungimento dello scopo della coalizione. Per quanto le loro coalizioni servono all'oppressione della classe operaia, all'impedimento delle loro lotte salariali, un modo d'agire corrispondente può addirittura essere definito per più motivi come 'immorale'» (p. 335).

[148] Egli si esprime in toni assai duri contro la logica di scambio del sistema del concordato tariffario che era stato invece accettato dai sindacati; in merito buono G. BENDER, *Strukturen des kollektiven Arbeitsrechts*, cit., p. 255 e sulla questione della responsabilità pp. 277-80.

[149] Sulla sua concezione di *Sittenwidrigkeit* (immoralità) secondo il § 138 del *BGB*, cfr. sopra il testo relativo alla n. 86.

In qualche modo si tratta dunque del principio di uguaglianza, che però è guidato da un «punto di vista socialevoluzionistico» e dunque partendo da una autointerpretazione della situazione economica e dello sviluppo – da qui le immagini delle epoche storiche della lotta di classe come assioma iniziale in Stadthagen, come anche in Müller e in Liebknecht.

Nel complesso si può affermare: mentre la variante liberale (Flesch, e così pure ancora Stadthagen) non cambia il principio, ma aumenta solo l'intensità della sua affermazione, anche fino alla libertà attraverso lo strumento della rivoluzione, una variante 'socialevoluzionistico'-egualitaria (Müller, Liebknecht) sostiene un proprio principio. 'Contratto di lavoro' diventa qui lo strumento di una parità di diritti il più possibile effettiva nel rapporto di lavoro e nella 'società' in genere. Diventano allora necessarie la ripartizione e la attribuzione di classe da parte di un soggetto sovraordinato. La concezione diventa così socialista anziché solo sociale, come sottolinea giustamente Solari[150].

## b. Carattere politico

Il carattere politico di queste concezioni si chiarisce, di nuovo, quando si pone la domanda sul chi deve qui 'fare' le regole giuridiche. In modo vago al centro stanno la lotta di classe e poi il 'popolo'. Contro la 'giustizia di classe', secondo lui per il momento 'obiettivamente' inevitabile, si volge sopratutto Liebknecht. In positivo egli propende in certo qual modo per il 'popolo' – in certo qual modo però, dato che egli non menziona mezzi e vie precisi per la sua «giurisprudenza attraverso il popolo»[151]. Certo è però che quanto più il popolo agirà direttamente, tanto più

[150] G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., pp. 79 s., 239 s., e *passim*.

[151] In merito più in dettaglio A. KAISER, *Rechtstheorie und Rechtsmethodik Karl Liebknechts*, cit., pp. 185 s., in parte a favore delle elezioni, in parte a favore di un 'giusto' orientamento d'interesse dei giudici.

non-parlamentare diverrà la concezione e tanto meno autonoma e liberale resterà la costruzione anche dei contratti di lavoro, perché con 'popolo' qui non si intende tutto il popolo dello Stato.

### c. MARX, ENGELS, la Russia del 1918, A. MENGER

Sul versante dell'economia politica e della politica sociale si devono anzitutto menzionare K. Marx e F. Engels. Anche la loro concezione è in primo luogo antiliberale, ma non chiara nel suo aspetto positivo. Essa si abbandona infatti in via di principio totalmente alla 'storia' e alle sue 'leggi' che, come si profetizza, portano verso la generale libertà dal dominio e alla generale uguaglianza. Dalle profezie non risultano però concezioni costruttive, come le richiede la giurisprudenza quando non abdica di fronte a cose che seguono un loro sviluppo. Con tanta fede nella storia non aveva operato neanche Savigny. Proprio il 'contratto di lavoro' diviene allora un mero fenomeno sovrastrutturale, una variabile dipendente, priva di un principio proprio, nell'evoluzione sociale[152].

Se invece dell'uguaglianza si fa direttamente l'obiettivo, la profezia viene conseguita con la forza. Qui può allora risiedere una vera e propria concezione di principio, a seconda di come si considerino gli uomini uguali. Un'elaborazione coerente di una tale concezione non è facile a trovarsi, ma la si trova ad esempio nelle leggi del lavoro sovietiche del 1918 e del 1922[153]. Nel 1918 vige, sotto

[152] Su questa posizione e su varianti biologistiche simili cfr. molto chiaro G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., pp. 149-181, 224 s. Anche P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung* (1900), cit., p. 11, reagisce; basilare era allora la grossa trattazione critica di R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, Leipzig 1896.

[153] Cfr. i testi tedeschi in W.I. LENIN, *Über die Arbeitsgesetzgebung*, Berlin (Ost) 1962, pp. 609 ss. e 633 ss. In merito già A. GYSIN, *Arbeitsrecht* (1943), cit., pp. 156 ss.

il condizionamento bellico, l'obbligo del servizio lavorativo (parr. 1 ss.); a fissare le condizioni di lavoro, compresi i salari, sono i decreti dei commissari del popolo (*Einführung*, p. VI e *passim*, §§ 53 ss.). Il compenso che supera la norma viene punito (§ 67), lavoro e impiego di lavoro sono governati dal centro (§§ 15 ss.), desideri individuali sono considerati solo in via subordinata o dietro ricorso contro singole disposizioni (cfr. §§ 27 e 43 in caso di trasferimento). Nel 1922 si dice lapidariamente: «La fondazione volontaria (!) di rapporti di lavoro da parte di cittadini della Repubblica socialista federativa sovietica ha luogo... attraverso gli organi del commissariato del popolo per il lavoro» (§ 5). Questa istanza superiore è organizzata minuziosamente (§§ 5-10) e completata attraverso cosiddetti sindacati (§§ 151 ss.). La nuova sezione del 1922 «Sul contratto di lavoro» (§§ 27 ss.) lascia ai partiti la stipulazione e il contenuto del contratto, ma solo nei limiti fissati da leggi, decreti, tariffe, ordini di lavoro, etc. Il diritto «pubblico» ha qui evidentemente un ruolo assolutamente preminente.

Ancora nel 1886 Anton Menger (1841-1906), il famoso critico del *BGB*, con la sua arringa a favore di *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung* (Il diritto al pieno prodotto del lavoro esposto storicamente) aveva scatenato la replica, che voleva essere di scherno, di Engels e Kautsky, per i quali la posizione di Menger era mero «socialismo di giuristi»[154]. Anche Solari ha distinto accuratamente lo scritto di Menger dalla posizione del socialismo economico e vi ha trovato rispetto del diritto privato e della libertà, atteggiamento riformatore anziché lotta di classe, un'autonoma concezione del diritto e l'importante tentativo di dare una formulazione giuridica delle istanze socialiste, in particolare al principio di uguaglianza[155]. Nella sua *Neue Staats-*

[154] In merito ad esempio Th. RAMM, *Juristensozialismus in Deutschland*, in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1975, pp. 7 s., ma anche già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 225 con una analisi comparata.

[155] G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., pp. 224 s., 229 s. e *passim*, in cui viene anche criticata una coniatura del principio di uguaglianza riferita unilateralmente alla classe (pp. 229 s.).

*lehre* del 1903[156], Menger ha però concepito il noto «Stato popolare del lavoro». In esso l'«ordinamento del lavoro sociale [è]... prevalentemente compito dell'organizzazione pubblica» (p. 113), «all'iniziativa privata nell'ambito del diritto [è] concesso solo un limitato spazio d'azione» (*ibidem*), il diritto contrattuale è notevolmente integrato con «sentimenti morali» del tipo di quelli familiari (*ibidem*), allo stesso è riconosciuta solo una «posizione indubbiamente modesta» (p. 112). L'obiettivo è una costituzione del lavoro autoritaria di cui Menger «sa molto bene» che essa «difficilmente corrisponderà alle tendenze democratiche del ceto operaio» (p. 201). Si dovrebbe però, secondo Menger, fare una differenza tra costituzione statale e costituzione del lavoro. Il problema è, in termini generali – così lo stesso Menger riassumendo il suo scritto del 1886 – «che in genere il nostro diritto privato non potrà mai essere vinto con i suoi stessi strumenti e le sue stesse componenti» (p. 120). A ciò segue come in Marx e in Radbruch una «teoria della scomparsa del diritto privato come primo passo verso uno sviluppo socialista»[157]. Nonostante quindi notevoli differenze rispetto alla linea marxista, anche Menger sfocia tuttavia in una posizione sul contratto di lavoro decisamente antiprivatistica e fortemente di classe[158].

### d. Esito

Nel complesso si vede che: in questa concezione gli elementi liberal-privatistici appaiono solo come regole subordinate. Si tratta di una concezione *eteronoma nei principi*, in cui perciò

[156] A. MENGER, *Neue Staatslehre*, Jena 1906³. I numeri di pagina sono indicati nel testo.

[157] Così la buona analisi di K. SEELMANN in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1975, p. 91, e parallelamente *ibidem*, pp. 540-544; D. SCHWAB, *Arbeit und Eigentum*, cit., sulla questione della proprietà.

[158] In merito giustamente E. MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem. Ein Beitrag zur Geschichte des sozialen Gedankens im Recht*, Berlin 1975, particolarmente pp. 63 s., 68 s., 91 s.; analogamente in breve Th. RAMM, *Juristensozialismus in Deutschland*, cit., pp. 17 s.

anche le frontiere tra diritto privato e diritto pubblico sono esplicitamente prive di funzione e meramente organizzatorie. In ciò è molto simile alla menzionata concezione «di diritto sociale» di Bornhak e altri, ma lì naturalmente sono tutt'altri i gruppi e le classi che si avvantaggiano o che perdono rispetto a quanto avviene in Liebknecht, Marx, Menger e altri.

## 4. 'Contratto di lavoro' e 'diritto dei lavoratori' come diritto generale dei rapporti di servizio

La quarta concezione comprende il diritto del lavoro come una parte del generale diritto dei rapporti di servizio. Qui il 'contratto di lavoro' è l'elemento conclusivo in questo «diritto dei rapporti di servizio» generale che comprende anche il diritto dei funzionari, etc.

### a. Potthoff e Sinzheimer

Un esempio di questa concezione è l'annuario «Arbeitsrecht» di Potthoff e Sinzheimer, la cui fondazione era in preparazione dal 1911 e che uscì però per la prima volta solo nel 1914. Significativo è già solo il titolo: «Arbeitsrecht. Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten». Il «servire» (*dienen*) è, per questa concezione, il nucleo comune di qualsiasi tipo di lavoro. Questo nucleo è però formulato in modo relativamente astratto e il contenuto di principio è piuttosto basso, se si analizza, ad integrazione del titolo, il testo del programma dei curatori nell'editoriale «Il nostro compito»[159]. Anche qui il diritto del lavoro è pur sempre chiaramente compreso come «campo speciale» (p. 2), si invita alla «cura consapevole della interna omogeneità di tutte le parti di questo (!) diritto del lavoro» (p. 2), e si reclama la diretta «traduzione giuridica dei dati di fatto della vita sociale» (p. 3). Per quanto tutto ciò sia

[159] I numeri di pagina sono indicati nel testo.

ancora vago, in negativo è chiaro che l'impostazione privatistica passa in secondo piano a favore di principi peculiari. Manca anche la distinzione lotmariana di considerazione giuridica e considerazione sociale. Da uno scambio epistolare intercorso tra Lotmar e Sinzheimer emerge che una collaborazione comune, sollecitata in un primo tempo, all'annuario, con Lotmar che doveva fungere da cavallo da tiro del diritto del lavoro, fallì[160]. Il testo del programma prova la sostanziale deviazione dei due curatori verso un diritto «sociale» anziché liberal-sociale.

Potthoff sarà più chiaro in seguito, nell'aprile del 1915, in un contributo sulle *Grundlagen künftigen Arbeitsrechts*[161]. Heinrich Potthoff (1875-1945)[162] prese parte ai dibattiti in qualità di economista e di esperto di politica sociale con una retorica assai impegnativa e una programmatica non molto più chiara dal punto di vista giuridico-normativo. Come disposizione di fondo si raccomanda la fiducia anziché la diffidenza (individualistica) (pp. 177 e *passim*). Alla fine di questo saggio un paragone sull'attualità lascia capire la direzione verso cui ci si muove:

> «Nel nostro esercito, fondato sull'obbligo generale di leva, abbiamo superato in modo esemplare l'opposizione di individualismo e socialismo, di interesse individuale e necessità statale. Perché non dovrebbe essere possibile che i milioni di combattenti riescano ad instaurare il medesimo equilibrio anche in tempo di pace?» (p. 190, ultima frase).

L'esercito diviene idealisticamente modello di pace[163] come nei *soviet* del 1918. Certamente Potthoff è

[160] Lettere inedite di Lotmar a Sinzheimer del 22-11-1911, 10-7-1912 e 13-3-1914.

[161] In «Arbeitsrecht», 2, 1915, pp. 177-190. I numeri di pagina sono indicati nel testo.

[162] Qualcosa su Potthoff si trova in K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 92-97, e in R. DUBISCHAR, *Zur Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft*, cit., p. 90.

[163] Su questo modello si era già espresso sarcasticamente G. Schmoller nel 1874 (v. la sezione 4a), p. 75 in nota, contro Böhmert.

favorevole anche ad elementi di autogoverno, come ad esempio nell'assicurazione sociale (p. 189), ma nel dubbio la concezione è orientata alla comunità e collettiva. Egli non ha fiducia neanche nell'autodeterminazione dei «partiti dell'economia» come gruppi di mercato (p. 185).

Anche Hugo Sinzheimer, come Potthoff nato nel 1875 e come Potthoff morto nel 1945[164], è chiaro nella parte negativa, cioè nel suo essere contrario al diritto privato come principio. Ciò emerge meno chiaramente dai suoi progetti, spesso confusi, che da prese di posizione rispetto a Brentano e Lotmar. A dimostrarlo sono le felicitazioni critiche che egli esprime nel 1915 *Zum 70. Geburtstage Lujo Brentanos*[165], dove caldeggia indeciso sia la solidarietà dal basso sia l'intervento dello Stato, rinvenendo tuttavia la «parte migliore di questo pensiero», cioè di Brentano, nell'odierno «orientamento sociale della scienza giuridica», anche se questa scienza giuridica «si dovesse allontanare per singoli aspetti dalle forme di base delineate da Brentano» (p. 176). In concreto egli pensa criticamente alla responsabilità delle associazioni professionali per la rottura dei contratti tariffari[166] e alla sopravvalutazione del diritto interno di associazione sindacale per la vincolanza giuridica dei contratti tariffari. Ancora più chiare sono poi le sue prese di posizione su Lotmar, in una grossa recensione del 1910[167], nel necrologio del 1922 e nella commemorazione del 1937[168]. Nel 1910, prendendo

[164] Cfr. da ultimo lo schizzo biografico di H.-P. BENÖHR in *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Baden-Baden 1989, pp. 67-83, e inoltre R. ERD, *Hugo Sinzheimer. Aufruf zur Befreiung des Menschen*, in *Streitbare Juristen*, cit., pp. 282-294 (a dispetto dell'allusione contenuta nel titolo manca un chiarimento della questione di principio), R. DUBISCHAR, *Zur Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft*, cit., pp. 87-89, e anche K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 97-100.

[165] In «Arbeitsrecht», 2, 1915, pp. 175 s.

[166] Su questo punto anche Liebknecht si espresse criticamente contro la posizione di Lotmar, vedi sopra il testo relativo alla nota 148.

[167] H. SINZHEIMER, *Ein Rechtssystem der Arbeit*, in «ArchBürgR», 34, 1910, pp. 291-322.

[168] In «Arbeitsrecht», 9, 1922, pp. 587-600 e in *Jüdische Klassiker* (1937), cit., pp. 207-224.

le distanze dalla concezione di Lotmar, egli definisce, con una formulazione mite nelle parole ma decisa nella sostanza, la fondazione di un contratto di lavoro un ingresso in un rapporto di dominio «che solo a stento si può ancora spiegare privatisticamente» (p. 315). Nel 1922, dopo la morte di Lotmar, enuncia più chiaramente, appoggiandosi a Gierke, qual è il punto debole di Lotmar e l'obiettivo che ci si deve porre rispetto a lui:

«E per quanto riguarda Lotmar, queste righe hanno mostrato che la sua rigida mentalità civilistica, orientata al diritto comune, ha chiarito gli elementi teorico-giuridici di parti importanti del diritto del lavoro, ma che costituiva anche spesso, nonostante tutta la conoscenza dei fatti sociali, un ostacolo alla piena comprensione dell'intimo nucleo delle nuove forme giuridiche. Per questo motivo noi dobbiamo unire in un'unica tradizione tutti e tre i pensatori (e cioè Lotmar, Gierke e Flesch), affinché la scienza del diritto del lavoro diventi ciò che essa oggi deve essere: una scienza di sintesi, completa nell'oggetto e nel punto di vista» (p. 597).

Le frasi, degne di nota, rivelano il distanziamento di principio di Sinzheimer dal diritto privato, la riduzione dell'opera pionieristica di empirismo sociale di Lotmar a conoscenza dei dati di fatto, e il tentativo di una salomonica opera di sintesi invece di una separazione metodologica di diritto e politica. L'impostazione sistematica di Sinzheimer non distingue diritto e scienze sociali, ma le collega esplicitamente, anche se in modo non chiaro[169], in vista di una

[169] Per il 1922 cfr. sopra la n. 168. Molto da approfondire ci sarebbe nella sua oscillante visione della «sociologia», cfr. H. SINZHEIMER in «Arbeitsrecht», 9, 1922, pp. 598 s. Diverso, o, per la precisione, molto meno critico su Lotmar ancora nel 1910: cfr. *Ein Rechtssystem der Arbeit*, cit., in cui a p. 294 si parla di «spirito della legge» *versus* «speculazioni e costruzioni». Sempre qui egli si riferisce con atteggiamento armonicizzante, in modo però fuorviante, al suo lavoro del 1909 *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, come se qui fosse esposto più da vicino il metodo di Lotmar. Non chiaro in merito K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 97 ss. La visione della sociologia di Sinzheimer è strettamente contestuale ad un grosso dibattito contemporaneo, tra i cui protagonisti importante ad esempio R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, (1896) cit., forse dalla terza edizione del 1914, qui quinta ed. del 1924, pp. 208 ss. Chiarificatore H. ROTTLEUTHNER, *Drei*

«piena comprensione» di un «nucleo interno». In gioco è la creazione del diritto, la «giurisprudenza sociale» e la politica sociale nel diritto, non la sociologia come sussidio della valutazione giuridica[170]. Il nucleo metodologico di queste idee è in effetti neoidealistico, mentre Lotmar era segnato dal neokantismo. Nella vaga impostazione complessiva di Sinzheimer si cancellano le differenze fra normativo e fattuale, diviene possibile la difficile immaginazione di una comprensione «piena» che coglie qualcosa di «interno». Coerentemente, si raccomanda di vedere le norme come «espressione» di un modo di essere della società (p. 598). I parallelismi metodologici con Bornhak, Liebknecht, Gierke e altri, e la lunga preistoria con Hegel e Savigny, sono infiniti[171].

Per quanto Sinzheimer introduca queste idee così concisamente e occasionalmente, esse costituiscono tuttavia quella impalcatura di metodo chiaramente fissabile, nuova nei principi e allo stesso tempo nel metodo, che Sinzheimer porta immanentemente nel suo testo senza fondarla più precisamente dal punto di vista teorico.

### b. Carattere politico

La questione del carattere politico, la questione cioè del chi 'fa' le regole in questa concezione, resta in positivo irrisolta. In negativo i 'formali' solo-giuristi devono essere in ogni caso congedati. Anche la giustizia, a differen-

*Rechtsoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, M. Weber*, in E.V. HEYEN (ed), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1986, pp. 227-252; informativo sul contesto già L.H.A. GECK, *Zur Socialreform des Rechts*, cit., pp. 61 s. e chiarificatore con una breve esposizione del dibattito e dei termini scientifici già F. SOMLO, *Juristische Grundlehre*, Leipzig 1917, pp. 43 s.

[170] Così giustamente H. ROTTLEUTHNER, *Drei Rechtsoziologien*, cit., pp. 235, 251.

[171] Sull'aspetto metodologico cfr. gli esempi di cui sopra nel testo relativo alle nn. 116, 127, 133, e sotto alle nn. 191, 218, 253.

za che in alcuni esponenti del diritto libero, in questo socialdemocratico parimenti impegnato sta tanto poco al centro[172] quanto in Lotmar. Ma neanche la legge dello Stato di diritto da sola è direttiva[173]. In positivo un punto di appoggio è offerto dall'articolo 165 della costituzione di Weimar, che Sinzheimer condivide nella sua essenza:

«Art. 165. Gli operai e gli impiegati sono chiamati a cooperare con pari diritti insieme agli imprenditori alla regolazione delle condizioni salariali e lavorative e all'intero sviluppo economico delle forze produttive. Sono riconosciute le organizzazioni di entrambe le parti e i loro accordi.

Allo scopo di difendere i loro interessi sociali ed economici, gli operai e gli impiegati mantengono rappresentanze legali nei consigli aziendali dei lavoratori come anche nei consigli distrettuali dei lavoratori, organizzati questi ultimi per settori economici, e in un consiglio imperiale dei lavoratori.

I consigli distrettuali dei lavoratori e il consiglio imperiale dei lavoratori si riuniscono, per la realizzazione di tutti gli obiettivi economici e per cooperare all'attuazione delle leggi di socializzazione, con le rappresentanze degli imprenditori e di altre componenti popolari interessate, in consigli economici distrettuali e in un consiglio economico imperiale.

I consigli economici distrettuali e il consiglio economico imperiale devono essere formati in modo che vi siano rappresentati tutti i gruppi professionali importanti corrispondentemente al loro peso economico e sociale.

I progetti di legge di politica sociale e di politica economica di

[172] In merito buono H. ROTTLEUTHNER, *Drei Rechtsoziologien*, cit., pp. 235 s.

[173] Infruttuoso a questo riguardo H. ROTTLEUTHNER, *Drei Rechtsoziologien*, cit.; non appropriata è pure la messa in parallelo con Max Weber a p. 250 (a proposito della recensione di Max Weber a Lotmar citata alla n. 110) sul punto del diritto del lavoro. Nel *topos* «specializzazione» si nascondono diverse concezioni di fondo. Dopo il 1918 si pervenne certo alla legislazione speciale (*Spezialgesetzgebung*), ma allo stesso tempo ad una liquidazione moralizzante delle leggi privatistiche e giuslavoristiche. La dipendenza in quanto tale e come caratteristica di fatto non dice ancora niente in merito all'orientamento del diritto del lavoro, ma da solo una prima classificazione.

importanza fondamentale devono essere sottoposti dal governo imperiale, prima di essere presentati, all'esame del consiglio economico imperiale. Il consiglio economico imperiale ha il diritto di proporre esso medesimo progetti di legge di questo tipo. Nel caso che il governo imperiale non li approvi, esso è tenuto ciò nonostante a portare nel parlamento i progetti di legge e a spiegare il suo punto di vista. Il consiglio economico imperiale può far difendere i progetti di legge di fronte al parlamento da uno dei suoi membri.

Ai consigli economici e dei lavoratori possono essere trasferiti nei campi di loro pertinenza poteri di controllo e di amministrazione.

Spetta esclusivamente all'impero regolare l'istituzione e i compiti dei consigli economici e dei lavoratori, come anche il loro rapporto con altri corpi sociali di autoamministrazione».

Secondo questo articolo una costituzione gerarchizzata di consigli economici è in concorrenza con il parlamento. In qualche modo sono gli interessati a doversi dare, quanto più possibile, le regole da sé. L'obiettivo è l'«autodeterminazione sociale» messa in rilievo rispetto all'autodeterminazione semplice[174]. Il riconoscimento nella costituzione degli «accordi bilaterali», dunque dei contratti tariffari e della oggi cosiddetta autonomia tariffaria, rappresenta un punto assolutamente determinante della costituzione di Weimar, punto in cui un esperto come E.R. Huber nel 1969 ha voluto addirittura vedere «realizzato nel punto critico di rottura il perfezionamento dello Stato costituzionale borghese nel moderno Stato sociale»[175]. Già in *Arbeitsnor-*

[174] Cfr. adesso solo K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988, pp. 181 s., e la buona analisi di M. MARTINY, *Integration oder Konfrontation. Studien zur Geschichte der sozialdemokratischen Rechts- und Verfassungspolitik*, Bonn-Bad Godesberg 1976, pp. 85 ss.: «Der Gedanke der 'sozialen Selbstbestimmung'. Hugo Sinzheimer und die Weimarer Reichsverfassung». Qui, a pp. 85 ss., la documentazione testuale più precisa su quanto segue e a pp. 93 ss. sulla costituzione di Weimar. Assai critica in merito l'importante affermazione di Gierke del 1917 in *Die Zukunft des Tarifvertragsrechts*, cit., pp. 838 s. e in *Deutsches Privatrecht*, III, 1917, cit., pp. 602-605; cfr. ancora sotto il testo relativo alla n. 209.

[175] E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, cit., p. 1256; più limitatamente K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., p. 177: «la caratteristica che contraddistingue il moderno diritto del lavoro».

*menvertrag* del 1907 Sinzheimer parla dell'obiettivo di una «corporazione per le norme del lavoro, in cui le leggi del lavoro nascono autonomamente» – solo in questa cornice dunque da sé. Alla fine del 1913 nella sua presa di posizione su un diritto del lavoro unitario egli vuole «chiamare a raccolta le forze sociali stesse per la creazione del diritto e ammettere il loro obiettivo effetto giuridico», «come organi di un obiettivo diritto del lavoro» ancora prima della legge – il che tra i giuristi significa molto, e cioè ammettere una nuova fonte del diritto. Nel 1916 in *Arbeitstarifgesetz* egli chiede apertamente una autonoma creazione di diritto accanto alla legislazione, che si dovrebbe realizzare attraverso un'attività «di diritto pubblico» dei sindacati, affidata loro legalmente, nel quadro di un «parlamentarismo sociale». Agli inizi del 1919 egli vuole fare dei consigli politici dei lavoratori il legislatore del lavoro. Nell'indicazione di questi obiettivi e in queste proposte c'è una linea perlomeno molto ambivalente, a carico del principio della generale libertà individuale e a favore dell'autonomia privilegiata e dell'intervento statale. La concorrenza di parlamento e consigli (economici) messa in moto nel 1919 ad inasprimento di questa linea, rimase però irrisolta e fu decisa dopo il 1920 in senso politico-pragmatico. Come concezione di diritto del lavoro essa significa il tentativo di una 'regolazione' autonoma di gruppo, il cui generale carattere di libertà è vacillante e piuttosto negativo.

### c. Esito

La concezione così delineata di un diritto generale di servizio che si spinge fino alla cosiddetta autodeterminazione sociale è di nuovo in negativo chiaramente antiliberale. In positivo essa è non chiara: non è chiaro chi concretamente si deve servire nel rapporto di lavoro e nello 'Stato'. Nella stessa misura manca chiarezza giuridica sui limiti di interventi e di regole eteronomi, sulla armonizzazione di libertà e libertà particolari nell'ambito del diritto del lavoro. Sulla presenza in Sinzheimer di una variante «sociale» si entrerà ancora nel merito.

## 5. 'Contratto di lavoro' come contratto «sociale» e «di diritto delle persone»

Nella quinta concezione 'contratto di lavoro' è inteso come contratto sociale, diritto del lavoro come *soziales Recht* o anche *Sozialrecht*, né privatistico, né pubblicistico.

### a. Schings, Roesler

Un primo esempio di questa concezione è offerto dal prete cristiano-sociale di Aquisgrana e redattore dei noti «Christlich-Soziale Blätter» Joseph Schings[176]. Nel 1873 egli tenta di fondare una rivista, «Das Arbeitsrecht», che deve ospitare «trattazioni politico-sociali». Secondo il primo numero[177] il suo intento era quello di propagandare «diritto del lavoro» come motto (p. 6) contro il principio «liberalistico-economico»: la forza-lavoro umana è merce» (p. 5). Per Schings sono in gioco il riconoscimento del «diritto naturale» del lavoro «in sé e per sé» e la «tutela della legge positiva» relativa a questo diritto (p. 5). L'intero passaggio, difficile da comprendere, sul «diritto del lavoro» dice:

«[La] parola 'diritto del lavoro'... [racchiude] in sé tutte le richieste che l'orientamento cristiano-sociale vorrebbe veder accolte dalla legislazione sociale dello Stato. Essa comprende l'intero ambito giuridico del lavoro svolto manualmente nel senso più ampio del termine, perché il lavoro in sé, sia esso il cosiddetto lavoro di fabbrica o lavoro manuale, possiede un diritto naturale che gli appartiene autonomamente e di cui non si potrà più a lungo negare il riconoscimento. Questo riconoscimento deve aver luogo attraverso la tutela della legge positiva, per via di istituzioni giuridiche appropriate (vedi «Christlich-Soziale Blätter», 1870 e 1871). Nel

[176] Su di lui cfr. brevemente A. Rauscher, *Die soziale Rechtsidee*, cit., pp. 124 s.: portavoce delle associazioni operaie renane, in contatto con H. Roesler, p. 131: nel 1872 si appoggia anche a Lassalle.

[177] «Das Arbeitsrecht. Social-politische Abhandlungen», Aachen – Würzburg 1873, p. 48. Sugli altri contributi del 1873 cfr. sopra alla n. 42 (non ancora rintracciabili nel prestito esterno). I numeri di pagina sono indicati nel testo.

titolo che si è scelto per la rivista è dunque contenuta la somma di tutto ciò cui noi aspiriamo; con esso si è voluto esprimere un giudizio che annienta il principio liberalistico-economico: la forza-lavoro umana è merce. La richiesta di un diritto del lavoro si fa sentire sempre più distintamente proprio negli ultimi tempi, dopo che si sono assaggiati i magri frutti della '*Gewerbefreiheit*' ['libertà di impresa produttiva']. Giacché, che scopo hanno tutte le indagini fatte da parte dei governi in tutti gli ambiti sociali? Cosa significano le lamentele sulla miseria sociale che ricorrono in tutti i parlamenti? Cosa dicono le proposte che proprio negli stessi parlamenti sono state massicciamente presentate? L'appello alla revisione della *Gewerbeordnung* [ordinamento delle attività produttive] coincide con l'urlo improvviso del lavoro che chiede che gli venga ridata nella società odierna la posizione che esso aveva una volta, una posizione g i u r i d i c a. Il nostro titolo suona perciò 'Il diritto del lavoro', perché così suona il nostro motto già da tempo» (pp. 5 s.).

L'argomentazione è giusnaturalistica, cerca continuità nel passato del sicuro diritto dei ceti e si riferisce solo alla classe dei lavoratori manuali. Ciò che si chiede è diritto che dia una «posizione giuridica» al lavoro, e non diritto come diritto soggettivo tra soggetti giuridici liberi e uguali o a compensazione di deficit di libertà. Lo spettro dei temi toccati è assai largo e non specificamente giuridico-giuslavoristico, ma «politico-sociale» come dice il sottotitolo. Chiaro più di tutto è il rifiuto, l'orientamento contro il principio «liberalistico-economico». In positivo si tratta di tutela dall'alto tramite l'intervento legislativo dello Stato e di positivizzazione di un «diritto naturale»; per il resto il testo resta assai incerto, anche nella individuazione dei garanti[178]. Esso è tuttavia sufficientemente caratteristico[179].

[178] Cfr. i contatti con Lassalle e Roesler (nel merito si scenderà ora subito nel testo), ma soprattutto quelli con Ketteler e con il Centro; sulle incertezze di questi ultimi in questo periodo bene H. VOLKMANN, *Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus*, cit., pp. 70 ss., 106 ss., 133 s., 186, 189 s., e inoltre, informativo, A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., pp. 114 ss.

[179] In termini simili si esprime ad esempio M. KURZ sugli *Arbeitsverträge*, in «Monatsschrift für Christliche Sozial-Reform», 17, (St. Pölten) 1895, pp. 392-400, 462-466, 489-495, 549-555. Su questo orientamento ancora utile lo *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, III, 1926[4], alla voce

In questa linea social-cattolica rientrano autori come Kurz, Lehmkuhl, Will[180], più in generale anche A. Gröber (1854-1919), il giudice svevo e attivissimo rappresentante del Centro ai dibattiti sul *BGB*[181]. Di grande importanza è qui non da ultimo il contributo di H. Roesler (1834-1894)[182]. Con lui viene formulata più precisamente per la prima volta l'idea di una concezione sociale del diritto, di un '*soziales Recht*', di un, meglio formulato, '*Sozialrecht*'[183], e anche di un «diritto dei lavoratori»[184]. Come giudice arbitrale nella lotta sociale egli non vede certo con grande favore la ben nota monarchia sociale[185], perché lo 'Stato', come spesso accadeva allora in campo cattolico, appariva sospetto[186]; egli rigetta però parimenti le concezioni liberali[187]. Il '*soziales Recht*' è, di contro al diritto privato, il diritto di una società articolata, dalla civiltà

*Christlich-sozial*, e ora soprattutto lo sguardo d'insieme in R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich*, cit., pp. 107 ss.

180 Vedi sopra l'elenco dei titoli bibliografici.

181 Adolf GRÖBER, *Die Bedeutung des BGB für den Arbeiterstand*, Stuttgart 1897: nel complesso importante per la prospettiva e il ruolo del Centro, da confrontare con i paralleli contributi di P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, (1900), cit., e di G. PLANCK, *Die soziale Tendenz des BGB*, (1899 e 1909), cit. Sulla biografia di Gröber vedi le indicazioni di Jahnel in W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, cit., pp. 118 s. Gröber era, a partire dal 1878, giudice e pubblico ministero nel Württemberg, deputato al *Reichstag* dal 1887, presidente del Centro nel 1917.

182 Esauriente in merito A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., in particolare pp. 117 ss., in cui Roesler è visto come l'antesignano dell'universo ideale cattolico-sociale.

183 In merito, p. 111 per il saggio del 1870 *Soziales Recht und Privatrecht*; p. 187 per il 1868; pp. 153 ss. per una comparazione con Rodbertus, Wagner e Stammler.

184 *Ibidem*, p. 187 per il 1868.

185 *Ibidem*, pp. 107, 113 s.; cfr. inoltre sopra il testo relativo alla n. 117.

186 In merito ancora utile M. MOENNIG, *Die Stellung der deutschen katholischen Sozialpolitiker zur «Staatsintervention» in der sozialen Frage*, Diss. staatswiss, Münster 1927.

187 A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., ad esempio pp. 112 s. e *passim*.

superiore, dai concreti bisogni di consumo, dell'interesse comune[188].

Nel sostrato metodologico rientra di nuovo l'idea che nella «vita» ci sia immediatamente un principio ordinatore, l'idea di una teleologia oggettiva, di una forza che tiene insieme la totalità, della superiorità della società rispetto al diritto, l'idea che il «popolo» sia la fonte del diritto, e addirittura che ci sia un diritto specifico dei rapporti economici[189]. Il diritto sociale è la regola della libertà s o c i a l e[190]. Nel «variegato mutare delle apparenze si scopre solo l'espressione di ciò che permane ...» (Roesler 1876)[191]. L'impostazione idealistico-oggettiva è espressa molto chiaramente[192].

### b. Gierke, Potthoff, Sinzheimer

«Sociale» non era solo una parola-chiave di economisti, filosofi o teologi. Nel 1896 il filosofo del diritto R. Stammler nota giustamente:

«... nel nostro tempo non c'è quasi da nessuna parte un'altra parola che ricorra così innumerevoli volte, che voli così infinitamente spesso di qui e di là, come quella di 'sociale'»[193].

[188] Così la buona sintesi di Rauscher, *ibidem*, p. 244.

[189] *Ibidem*, pp. 211 e 238, 246 e *passim* sulla vita; pp. 219 e 226 sulla teleologia, 229 sulla forza della totalità, 230 sulla società; 236 s. sul popolo; 259 sull'economia.

[190] *Ibidem*, p. 235.

[191] *Ibidem*, p. 240 in nota.

[192] In effetti con questa teoria della conoscenza egli si distanzia fortemente da Stammler; così A. RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee*, cit., p. 258, che è indubbiamente apologetico nei confronti di Roesler.

[193] R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, cit., p. 118, che prosegue cercando di chiarire e distinguere tre importanti utilizzazioni correnti a quel tempo del termine 'sociale', e cioè: 1) regolato dall'esterno all'opposto di quanto accade all'individuo isolato, 2) regolato dall'esterno secondo la legge, 3) usato in modo non chiaro per uno specifico tipo di 2) e come

Dal punto di vista giuridico-normativo in realtà l'aggettivo '*sociale*' doveva essere usato con molta più precisione. L'eminente coredattore del *BGB* Gottlieb Planck (1824-1910), di contro ai rimproveri lanciati al progetto del *BGB* di essere «antisociale», annota vigilante e critico:

«Le parole 'sociale', 'politico-sociale', 'giuridico-sociale' negli ultimi tempi sono diventate *slogans* che vengono usati in senso diverso. Ciò vale anche per la loro applicazione ai compiti del Codice di diritto civile. Se con compito sociale dello stesso si intende che le sue disposizioni corrispondono alle esigenze morali, sociali ed economiche della vita del popolo, allora con ciò si dice sostanzialmente solo qualcosa di ovvio ... La parola 'sociale' però spesso non viene usata in questo significato generale, ma viene invece sequestrata da questo o quel determinato orientamento. Gli agrari, con compito sociale della legge intendono il compito di sostenere l'interesse del proprietario fondiario, i grandi industriali il compito di difendere e sostenere l'interesse della grande industria, gli artigiani il compito di difendere e sostenere l'interesse dell'artigianato».

E Planck su queste esigenze si pronuncia molto fermamente:

«Uno specifico compito sociale inteso in questo senso, il Codice di diritto civile, non ce l'ha. Certo vi sono nell'ambito del diritto privato molte questioni in cui entrano in gioco gli interessi particolari di cui si è detto. Il Codice di diritto civile però non può mai avere riguardi particolari per l'interesse dell'una o dell'altra classe, ma deve invece adottare, dopo aver soppesato tutti gli interessi in gioco, la disposizione che meglio corrisponde al bene della totalità ... Le innovazioni sociali ... vanno lasciate alla legislazione dell'Impero o dei singoli Stati federali»[194].

aggettivo opposto a *freiheitlich* per indicare un diritto che ordina direttamente attraverso una regolazione forzata pianificata.

[194] G. PLANCK, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches*, in «Archiv für civilistische Praxis», 75, 1889, pp. 327-429, qui 405 ss., adesso facilmente accessibile in K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III: (*seit 1650*), Opladen 1989, pp. 196 s., 224 s. buono sul contesto. Nel 1899 e 1909 Planck ripetè la sua difesa in *Die soziale Tendenz des BGB*, cit., n. 85. Su Planck vedi soprattutto Jahnel e Schubert, *Beratung* (come alla n. 132), pp. 80-83 e 58, e adesso M. COESTER, *Gottlieb Planck (1824-1910). Ein Vater des neuen bürgerlichen Rechts*, in F. LOOS (ed), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen 1987, pp. 299-315, sulla que-

Questa di Planck del 1889 era già una risposta alla dura critica cui era stato sottoposto il progetto del Codice di diritto civile. Con queste parole però egli espresse anche un consenso o un'ammissione, dato che anche nel Planck difensore del *BGB* ad emergere come determinante non era il principio di 'libertà', quanto piuttosto quello di «bene della totalità».

A chiedere un *soziales Recht* tra i giuristi tedeschi fu soprattutto Otto von Gierke (1841-1921). Nel 1889 la soluzione per *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Il compito sociale del diritto privato) doveva risiedere, per Gierke, in un indeciso 'sia ... sia': «Detto grossolanamente: nel nostro diritto pubblico deve spirare un alito di sogno di libertà giusnaturalistica, e una goccia di olio socialista deve filtrare il nostro diritto privato» (p. 10)[195].

Più avanti nel testo Gierke parla della particolarità del «diritto sociale delle attività produttive» (p. 25) e come Schmoller nel 1874 si orienta più precisamente ai contratti di lunga durata «con vincolo duraturo» (p. 24). Questa relativizzazione concreta dell'analisi per lo più viene sottovalutata, sebbene essa mostri l'ambivalenza, frequente in Gierke, di *pathos* generale e di esperienza concreta. Egli si esprime anche contro lo schema «rigorosamente individualistico» (p. 31). Senza tener conto di ciò lettori giuridicamente poco precisi hanno spesso visto in Gierke un teste d'accusa contro il diritto privato e l'idea di libertà in genere, ma a torto[196].

stione sociale pp. 313 s. In Planck non vi è però precisamente un «punto di vista accentuatamente impolitico (o anche liberale)» (note a p. 314), come già si suggerisce con l'aggiunta «o anche liberale».

[195] Cito dalla ristampa. Com'è noto anziché «socialista» si cita spesso erroneamente «sociale». Significativo è che la relazione venne tenuta nella Vienna di Menger. Gierke alludeva evidentemente all'affermazione fatta da H. BRUNNER allo *Juristentag* del 1889 sul principio di «Kauf bricht nicht Miete» come necessario «olio socialista» nel diritto privato; in merito K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, cit., p. 194.

[196] Ciò asseriscono a ragione sopratutto G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein Juristensozialismus Otto v. Gierkes?*, in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1975, pp. 319-365, particolarmente p. 358, e ultimamen-

Epperò: pur in tutta la sua vaghezza già la famosa massima della goccia è chiara in una cosa: un'integrazione o mescolanza di principi è qui programma[197]. Nel 1914 Gierke giura, compiendo un errore storico[198], sulle «origini del contratto di servizio»[199] nel cosiddetto contratto di servizio fiduciario [*Treudienstvertrag*] germanico e motiva così la sua affermazione di un elemento duraturo «di diritto delle persone» nel contratto di lavoro. Nel 1917, nell'esauriente volume sul diritto delle obbligazioni del suo *Deutsches Privatrecht* (vol. III) egli precisa la sua visione del contratto di servizio come libera promessa, e allo stesso tempo però anche «rapporto di diritto personale» (p. 596)[200]. Quest'ultimo comporta una subordinazione, un vincolo di fedeltà, diversamente dalla romanistica locazione d'opera. Nella legislazione più recente (dal 1914) egli accoglie favorevolmente il profondo riordinamento che ha avuto luogo alle spese della libertà contrattuale, e sottolinea che l'essenza dell'odierno contratto di servizio si può cogliere appieno solo «se si tiene conto di queste proposizioni di diritto speciale» (p. 600). Ma perfino il contratto dei braccianti agricoli ha per lui la sua specificità solo nella «forza particolare dei rapporti di diritto personale e del suo essere influenzato dal diritto pubblico» (p. 643), dunque non nella perdita totale dell'elemento contrattual-privatistico.

te K.W. Nörr, *Eher Hegel*, cit., pp. 43-48 con 52, nonostante egli nel complesso ponga l'accento sull'aspetto collettivistico del principio di Gierke.

[197] Così giustamente già L.H.A. Geck, *Zur Sozialreform des Rechts*, cit., pp. 52 s. con buona documentazione. Una critica circostanziata è già presente nel 1896 in R. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, cit., pp. 123 s. Egli ritrova in Gierke il significato illiberale 3) di «sociale» (vedi alla n. 193) e pone come decisiva la giusta questione del quanto oltre debba penetrare la goccia.

[198] Dopo W. Ebel, 1936, cfr. solo a questo proposito K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, cit., p. 225, 280.

[199] In *Festschrift H. Brunner*, cit.

[200] Analogamente anche già in *BGB – Entwurf*, 1889, p. 193. Vedi H.W. Mundt, *Sozialpolitische Wertungen als methodischer Ansatz in Gierkes privatrechtlichen Schriften*, Diss. iur., Frankfurt a.M. 1976, p. 62; K.-D. Waldt, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., p. 73.

Le conseguenze g i u r i d i c h e dell'elemento di diritto personale sono in Gierke indubbiamente piuttosto inoffensive, ad esempio doveri di discrezione, prevenzione dei pericoli e rispetto delle persone (p. 610). La rilevanza di queste conseguenze non viene accresciuta neanche con la generale classificazione concettuale del rapporto di lavoro come «rapporto di diritto personale comunitario» nel I volume del 1895[201]. Lo provano le concrete argomentazioni dogmatiche citate e la critica a Sinzheimer del 1917, di cui però nella letteratura non si tiene sufficientemente conto[202].

Gierke offre, secondo quanto si è detto, una presa di distanza dall'impostazione 'romanistica' privatistico-liberale che è però cauta dal punto di vista del diritto concreto e più che altro retorica e politico-giuridica. Il suo lemma «sociale» resta generale e convenzionale. Nella formulazione dello scopo, nella valutazione e nei concetti fondamentali più generali è però innegabile un orientamento (sempre più[203]) antiliberale. Su ciò regna a ragione unanimità di giudizio[204]. Pro-

[201] O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., I, 1895, p. 660.

[202] Ad esempio in H.W. MUNDT, *Sozialpolitische Wertungen*, cit., pp. 59-85, K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit., pp. 77 ss., W. KLATT, *Treuepflichten*, cit. Sulla critica a Sinzheimer vedi sopra il testo relativo alle nn. 54 e 174.

[203] Ad approfondire, sostanzialmente con buone ragioni, un'interpretazione di Gierke che ne sposti in questo senso la collocazione teorica è stato H. SPINDLER, *Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft. Kritische Darstellung der Sozialrechtslehre O. v. Gierkes*, Frankfurt a.M. 1982, sinteticamente pp. 165 ss., un lavoro cui in questo senso si presta troppo poca attenzione, ad eccezione che ora in K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, cit., p. 225.

[204] Cfr. le interpretazioni, sul resto differenti, di G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht*, cit., K.-D. WALDT, *Die Lehre vom Arbeitsvertrag*, cit.; H.W. MUNDT, *Sozialpolitische Wertungen*, cit.; S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht*, Zürich 1979, pp. 9 s.; H. SPINDLER, *Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft*, cit.; W. KLATT, *Treuepflichten im Arbeitsverhältnis*, cit., qui pp. 106 ss.; E. PICKER, *Die Regelung*, cit., pp. 303 s., utilizza per la sua interpretazione liberale controcorrente solo il *Genossenschaftsrecht*, I, del 1868; ciò è semplicemente tropppo selettivo. Ultimamente opta per un Gierke non-liberale K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., ma con lo sguardo attento anche all'ambivalenza di Gierke (p. 52). Per l'importante teoria delle fonti giuridiche

prio anche l'indecisione in linea di principio ha certamente favorito tra i contemporanei e fino ad oggi una ricezione antiliberale. Di fronte ad una dittatura però anche Gierke avrebbe sicuramente ripartito diversamente i pesi.

La concezione tendenzialmente antiliberale, ma ambigua, di Gierke è sviluppata in una direzione più chiaramente «sociale» da Potthoff, come si è già visto, e da Sinzheimer. All'insegna della parola chiave *sozial* ciò viene realizzato in Sinzheimer dopo il 1918. Egli si riallaccia a Gierke contro Lotmar e vuole solo dare una ulteriore e più precisa formulazione all'«intuizione creativa» di Gierke e al suo «occhio profetico». In Lotmar «la migliore sensibilità sociale è caduta vittima della forma di pensiero giuridico addestrato al diritto romano»[205], si dice chiaramente nel 1922. Si tratta dunque di creare nuove forme, cioè concetti, di precisare i programmi generali. Nel 1923, dopo la morte di Lotmar nel 1922, egli scrive in modo essenziale e istruttivamente provocatorio su *Die Idee des Arbeitsrechts. Ein Rückblick auf zehn Jahre Arbeitsrecht*[206]. In questo sguardo retrospettivo egli invoca addirittura:

«la vita, il destino e la forza di un'idea, dell'idea di diritto del lavoro che culmina nell'assunto che il lavoro del prestatore d'opera ha una funzione particolare nella costruzione della vita sociale, che tutte le norme giuridiche che regolano questa funzione sono strettamente connesse, che il loro principio costruttivo è un principio specifico, opposto alla proprietà, è il principio di umanità» (p. 721).

L'implorazione di Sinzheimer di un'«idea» tanto fiduciosamente accolta quanto debolmente plasmata nel concreto, e il rafforzamento di una particolare «connessione», non sono

di Gierke già J. RÜCKERT, *Das 'gesunde' Volksempfinden – eine Erbschaft Savignys?*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung», 103, 1986, pp. 199-247, p. 244 s., vedi anche il testo relativo alla n. 209.

[205] Necrologio a Lotmar del 1922 cit. (vedi la n. 168), pp. 596 s.; contro Lotmar nel 1902, vedi sopra alla n. 85.

[206] In «Arbeitsrecht», 10, 1923, pp. 721-730.

nuovi[207]. L'annotazione di principio fatta alla fine invece contiene una nuova presa di posizione: la libertà privata si riduce qui polemicamente a proprietà come *pars pro toto*, ciò che invece deve affermarsi è l'umanità. Dal punto di vista giuridico e normativo questo principio dice molto poco. Esso non mira neanche a qualcosa come ad esempio la più chiara dignità umana quale noi oggi la conosciamo nel diritto costituzionale (art. 1 I del *Grundgesetz*). Concretamente Sinzheimer vede un «progresso determinante ... *solo* (!) in una cosa: nel diritto di cogestione garantito dalla legge sui consigli di fabbrica» (p. 726) del 1920. Egli però non interpreta questa conquista come passo in avanti sulla via verso la libertà generale, ma invece verso l'«uomo» inserito in una «comunità di funzioni» (p. 726), verso il cittadino del lavoro in una formazione sociale oggettiva, in un «nuovo socialismo» (p. 726) senza lotta di classe. In questione non è, per Sinzheimer, l'affermazione di interessi soggettivi, ma l'amministrazione di valori oggettivi. La libertà non a caso non viene menzionata quando asserisce:

> «Questo socialismo non deriva da leggi economiche, ma da necessità interne, dalla determinazione, purezza e forza dell'uomo, dalla massima responsabilità personale. Il consiglio di fabbrica è l'involucro di questo socialismo, esso può essere l'involucro se si intende correttamente questo socialismo e gli uomini si orientano interiormente ad esso e ai suoi compiti. Allora può crescere un nuovo socialismo che non è l'affermazione di interessi soggettivi ma l'amministrazione di valori oggettivi» (p. 726).

Il riferimento a Gierke non stona certo in questo testo peraltro assai imbevuto di idealismo, che senza forti conseguenze giuridiche formali invoca un nuovo socialismo che per molti aspetti ricorda il vecchio socialismo delle origini. Il contratto di lavoro per Sinzheimer è assorbito in questa concezione genericamente umana. Questo il senso del suo appello finale: «Viva il diritto del lavoro unitario, sociale, libero!». La successione di «unitario, sociale, libero» è importante e caratteristica.

[207] Cfr. sopra il testo relativo alle nn. 169 ss.

Con Schings, Roesler, Gierke e Sinzheimer ho scelto tre esempi della abbastanza vaga concezione di un diritto e di un diritto del lavoro *sociali*, esempi che mostrano allo stesso tempo la divergenza sul piano normativo positivo. Dopo la convergenza negativa *contro* la libertà liberale le vie si scindono verso sinistra e verso destra a seconda di come l'idea di «sociale» viene riempita nel concreto giuridico e politico. Gierke inoltre, con la formula più ristretta di un rapporto allo stesso tempo *di diritto della persona* e di diritto privato, salva ancora la competenza specialistica dei giuristi ai quali quindi spetta di tradurre concretamente l'elemento essenziale, così compreso giuridicamente, dei contratti di lavoro.

Le concezioni di 'contratto di lavoro' come parte di un diritto e di un diritto del lavoro «sociale» non sono chiaramente scindibili da quella di un diritto generale di servizio. Esse sono tuttavia più generali e positivamente più feconde per il loro aggancio al «sociale». In negativo esse sono di nuovo chiaramente antiliberali. In positivo sono indecise. Ma proprio in ciò e soprattutto nell'orientamento sinzheimeriano all'*umanità* conservano tuttavia un autonomo elemento normativo soggettivo in opposizione alla più radicale concezione di classe.

### c. Carattere politico e esito

La *caratterizzazione politica* risultante dalla questione del chi 'fa' questo diritto, risulta in un primo momento non chiara, proprio come nella concezione del diritto generale di servizio. Per Schings e Roesler lo Stato monarchico è preparato a presentare la propria candidatura per svolgere questa funzione attraverso leggi di tutela, anche se si diffida di esso e si introduce la «vita del popolo». Per Sinzheimer emerge un nuovo tentativo di fondare in qualche modo un diritto del lavoro autonomo[208]. Per quanto

[208] Cfr. sopra il testo relativo alle nn. 164 ss.

riguarda Gierke, se si riflette sulla sua teoria, qui decisiva, delle fonti giuridiche e sulla sua separazione di diritto e politica[209], ci si attesta chiaramente sulla legge e sul diritto consuetudinario.

Per il versante dell'economia politica, di H. Roesler si è già detto. Anche il tardo Schmoller, già tirato in causa, potrebbe eventualmente essere qui preso in considerazione come caso parallelo[210].

## 6. 'Contratto di lavoro' come 'società di lavoro'

Intendere i contratti di lavoro come contratti di società non è un'idea del tutto nuova, come potrebbe sembrare[211]. Di ciò aveva già discusso il *Deutscher Juristentag* nel 1921 sotto la parola-chiave di *Arbeits-Gesellschaft*[212]. Se ne era occupato Lotmar già nel 1902 in termini critici[213], e Engel nel 1867 avanzò delle proposte che andavano in questa direzione[214].

Si tratta di un movimento di difesa e riformatore assai vasto già dagli anni Sessanta dell'Ottocento. Esso si collega spesso con l'idea di una cogestione aziendale di tipo non socialista, intesa come *partnership* e partecipazione agli utili, come consociazione, azionariato operaio, etc.[215].

[209] In merito J. RÜCKERT, *Das 'gesunde' Volksempfinden*, cit., pp. 244 s. e sopra presso la n. 174 sul 1917. Questo viene trascurato anche da K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit.

[210] Cfr. sopra presso le nn. 99 e 123.

[211] Cfr. da ultimo K. ADOMEIT, *Skizze einer Neubegründung*, cit., e Beuthien, vedi in merito solo Th. RAMM, *Grundrechte und Arbeitsrecht*, cit., p. 3.

[212] Cfr. solo J. RÜCKERT-W. FRIEDRICH, *Betriebliche Arbeiterausschüsse in Deutschland*, cit., p. 94. In merito più in dettaglio OERTMANN, *Arbeitsgesellschaften?*, in «Arbeitsrecht», 8, 1921, pp. 11-18.

[213] Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht*, cit., p. 42.

[214] In merito sopra il testo relativo alla n. 95.

[215] Cfr. J. RÜCKERT-W. FRIEDRICH, *Betriebliche Arbeiterausschüsse*, cit.,

In questa concezione il principio di comunità è fondato con strumenti privatistici, volontariamente dunque. In essa non c'è alcun orientamento nuovo di principio, quanto piuttosto il tentativo di percorrere nuove vie e di servirsi di nuovi mezzi per l'obiettivo del vecchio principio della «libertà di quanti più possibile».

La competenza alla creazione del diritto è qui ravvisata in prima istanza nelle parti individuali. Lo Stato ha il compito di apprestare la procedura e le istituzioni che facilitino questa creazione del diritto. In questo senso viene apprestato ad esempio diritto dispositivo: diritto societario dal 1861, diritto consociativo, modelli di partecipazione agli utili, azionariati dei lavoratori e altro ancora[216]. Ciò caratterizza questa concezione come liberale in linea di principio.

### 7. 'Contratto di lavoro' come 'rapporto di comunità'

Per ragioni di chiarezza includo qui anche la concezione del «rapporto di comunità» che ha conosciuto il suo culmine solo qualche tempo dopo il 1920 e in modo completo nel 1934 con la legge nazionalsocialista «sull'ordinamento nazionale del lavoro». Nel 1934 vengono tratte conseguenze giuridiche più concrete che gettano una luce più viva anche sulle concezioni antecedenti e che evidenziano una connessione dei principi.

#### a. Corte dell'Impero, Hueck-Nipperdey-Dietz, Nikisch, Siebert

Già nel 1923 la Corte dell'Impero (*Reichsgericht*) sottolinea nella sua famosa sentenza sullo sciopero parziale relativa al

pp. 28-30, p. 94; molto in generale anche J. Reulecke, *Die Anfänge der bürgerlichen Sozialreform*, cit., pp. 46 s.

[216] J. Rückert-W. Friedrich, *Betriebliche Arbeiterausschüsse*, cit., pp. 28 ss., 84 s., 92 s.

cosiddetto caso dei tranvieri di Kiel[217] l'aspetto della solidarietà come nuovo principio fondamentale del diritto del lavoro, e ne trae subito pesanti conseguenze giuridiche a favore di una sopportazione del rischio da parte di tutti i lavoratori del settore in caso di sciopero di un gruppo parziale. La corte fa precedere, in un modo che non sorprende affatto, questo «risultato ricavato» direttamente «dalla situazione sociale» (p. 276) e questa assai vaga norma positiva da un chiaro congedo dal diritto, in sé pertinente, di interruzione della produzione, diritto riconosciuto dal liberale Codice di diritto civile, con le note sorprendenti parole: «Per pervenire ad una soddisfacente (!) soluzione della controversia non si può però assolutamente partire dalle norme del *BGB*» (p. 275).

Queste frasi la dicono lunga su un nuovo atteggiamento del giudice rispetto alla legge civile e alla legge in genere nel loro cercare in modo tanto disinvoltamente semplice una «soluzione soddisfacente»[218], e rivelano un nuovo orientamento, qui importante, rispetto ai principi del *BGB*. Questo riorientamento ha certo luogo nell'ambito dell'oggi cosiddetto diritto collettivo del lavoro, ma è sintomatico per tutto il diritto del lavoro che a quell'epoca si vuole comprendere proprio come non diviso, ma piuttosto come diritto speciale unitario. Nel 1928 questo orientamento autonomo del diritto del lavoro viene quindi espresso del tutto chiaramente dal nuovo *Reichsarbeitsgericht* (Corte imperiale del lavoro)[219].

Nella loro essenza queste «nuove interpretazioni della natura giuridica del rapporto di lavoro»[220] erano state anticipate

[217] *Entscheidungen des RG in Zivilsachen*, in «Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen», 106, 272, del 6-2-1923, i numeri di pagina sono indicati nel testo.

[218] Sul retroscena cfr. K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 211 s.; degna di nota l'interessata elaborazione metologica nel classico lavoro di J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, 2a edizione inalterata 1964, pp. 180, 243, 247.

[219] Cfr. solo K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., p. 212.

[220] Cfr. la sezione così intitolata dell'utile dissertazione, dal medesimo

in diverse varianti: attraverso una nuova dottrina del contratto e la dottrina del cosiddetto rapporto di occupazione, la teoria della comunità aziendale e la dottrina del rapporto comunitario di diritto della persona. Ovunque gli elementi eteronomi e/o collettivi vengono ora dogmatizzati in modo giuridicamente rilevante[221]. Nel 1934 Hueck-Nipperdey-Dietz vedono una situazione obbligatoria nuova, e non più in prima istanza relativa al diritto delle obbligazioni, con azione di esecuzione in forma specifica anche al di là del binomio di lavoro e corrispettivo (p. 21), con una nuova ripartizione del rischio (pp. 22 s.) e un addizionale rapporto di occupazione in caso manchi un contratto di lavoro (pp. 27 s., 56 s.). Con una posizione più radicale A. Nikisch dal 1926[222] parte dal presupposto di un inserimento in una comunità aziendale (pp. 29 ss., 31). Per lui non è l'uno a dover servire l'altro, ma sono tutti a dover servire la totalità (p. 32). Il singolo contratto di lavoro diventa un mero strumento di stipulazione (pp. 25, 35 s.) cui si sovrappone la nuova costruzione. In modo complessivo poi W. Siebert nel 1935 conosce ancora solo un rapporto comunitario di diritto personale. Con questa posizione egli si riallaccia certo a Gierke, ma lo supera in modo determinante, giacché la dogmatica non deve più occuparsi di un elemento, ma invece della base determinante per i rapporti di lavoro (pp. 39 ss.). Si ricorre nuovamente al parallelismo con il matrimonio (p. 44).

Nel 1940 si può appropriatamente riassumere: «Tutte le concezioni vedono come prevalente o addirittura come esclusivo il momento personale»[223]. L'elemento giuridico perso-

titolo, di A. Schulte-Strathaus, Köln 1940, qui pp. 18 ss. In generale ora K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 177-222, in particolare pp. 218 ss.

[221] Per il seguito cfr. A. Schulte-Strathaus, *Neuere Auffassungen über die Rechtsnatur*, cit., pp. 18 ss.

[222] A. Nikisch, *Der Anstellungsvertrag*, in «Jherings Jahrbücher», 80, 1930, pp. 1-139; *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag*, Berlin 1926; *Arbeitsrecht*, I, Berlin 1930.

[223] A. Schulte-Strathaus, *Neuere Auffassungen über die Rechtsnatur*,

nale di Gierke è così diventato il sostegno costruttivo di una reinterpretazione dalla base e di una autonomizzazione del contratto di lavoro[224].

### b. Carattere politico e continuità dal 1900

Interpretazioni di questo tipo sono sostanzialmente nelle mani dei giuristi, se il legislatore non fornisce prima niente di chiaro nel diritto civile[225]. Il loro carattere politico dipende dunque fortemente dal comportamento dei ceti giuridici dominanti, particolarmente dei giudici che hanno il ruolo di portavoce, di altri pratici del diritto e degli autori scientifico-pratici. La loro inclinazione prima del 1934 era andata prevalentemente in una direzione collettivo-social-conservatrice. Ciò che in via tendenziale la maggior parte delle concezioni e più concretamente un Bornhak, un Gierke e altri avevano pensato in termini programmatici e ancora di semplice politica del diritto come diritto migliore, diventa ora come diritto vigente gravido di conseguenze per la dogmatica giuridica, sotto condizioni di contesto certamente, a partire dal 1918, del tutto nuove, e quindi non semplicemente in una linea di continuità. Questo cambiamento dopo il 1918 fu anche del tutto cosciente, anche se l'uscita dal diritto privato in linea di principio liberale e dal corrispondente diritto pubblico non fu sempre espresso chiaramente[226]. I concetti di diritto del lavoro e diritto privato

cit., p. 58; per uno sguardo d'insieme di uno studioso di oggi cfr. K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 209 ss.

[224] Sul più generale influsso esercitato da Gierke, su cui si è spesso dibattuto, ad esempio K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., p. 212; approfonditamente U. HIENTZSCH, *Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich und ihre historische Vorbereitung*, Marburg 1970, pp. 69 ss. su Gierke, pp. 74 ss. sull'ulteriore sviluppo in particolare in Molitor, Nikisch, Potthoff (1922), con un distacco pieno dalla base contrattuale di diritto obbligazionario in modo interessante anzitutto in Potthoff (pp. 78 s.).

[225] Un buon sguardo d'insieme in K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 177 ss., qui particolarmente pp. 189, 199, 211, 218 s.

[226] *Ibidem*, p. 219.

rimasero così «in sospeso», ma ciò era già sufficiente a sciogliere o a «trasformare» (Nörr) la triade concettuale di diritto privato, diritto pubblico e diritto del lavoro. Il 'diritto pubblico' non apparve più accanto al diritto privato solo come eccezione correttiva o anche assicurazione pensata in senso liberale, ma fu invece posto davanti ad esso come sovrapposizione in ogni caso non liberale nei principi. Il 'diritto del lavoro' diventò ora una espressione concreta di questa nuova mescolanza. La sua definizione positiva e di principio tra libertà e uguaglianza, Stato di diritto e democrazia, autonomia e eteronomia creò delle difficoltà[227]. Le possibilità presenti prima del 1918 di allacciarsi a modelli liberal-sociali furono sfruttate sorprendentemente poco nella nuova repubblica dopo il 1918[228]. 'Diritto privato', preso nei suoi fondamenti, divenne un concetto difficile[229], come si vede particolarmente dal «discredito» in cui cadde il termine «autonomia privata»[230].

Accanto al nuovo contesto successivo al 1918 agisce anche una p r e i s t o r i a che è più chiara di quanto sia stato visto dai più. È la preistoria di moltissime impostazioni antiliberali che rigettavano il diritto privato e il diritto in linea di principio liberali. Essa diviene drasticamente percettibile in una lamentela che risale già al 1900. Ignaz Jastrow (nato nel 1856[231]), noto professore berlinese all'Istituto superiore di scienze commerciali ed esperto di politica sociale, scrive infatti in termini lapidari:

[227] In merito critico K.W. Nörr, *ibidem*, pp. 218 s. e 184 dove si rimanda alla concezione di H. Heller di uno Stato sociale di diritto.

[228] Cfr. lo sguardo d'insieme di K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 219 s. su Herschel, Sinzheimer, Radbruch, Heller, Kahn-Freund.

[229] Non a caso poi nel 1930 verrà presentata a Francoforte una prima grossa, assai critica, *Habilitationsschrift* in civilistica; vedi F. von Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen 1936.

[230] In merito *ibidem*, p. 62 con rinvio al commentario di Oertmann del 1927 (vedi la n. 260).

[231] *Kürschners Literaturkalender*, 1911, p. 767.

«Dell'attuale sistema del libero contratto di lavoro sono tutti scontenti»[232].

In modo del tutto simile Flesch, che come si è già visto non era di per sé assolutamente radicale, nel 1904 coglie l'occasione di una recensione al sintomatico *Handbuch für Gewerbegerichte di Baum*[233] per fare asserzioni e richieste di massima:

«Lo sviluppo del contratto di lavoro si trova al momento ad un punto di svolta nella misura in cui accanto al cosiddetto contratto di lavoro libero è apparso sempre più negli ultimi anni il contratto di lavoro vincolato ... In opposizione a questo odierno diritto del lavoro del libero contratto ora il futuro sembra dover essere dominato dal contratto di lavoro vincolato»[234].

Il diritto privato vincolato si antepose al diritto privato libero, ma: invero, vincolato da che cosa? La questione restò difficile e si chiarì del tutto solo nel 1934. Il *medium* sensibile delle riviste mostra nei testi di Jastrow e Flesch già subito dopo il 1900 anche tra i giuristi una decisa inclinazione verso il diritto «vincolato», ma senza una positiva chiarezza nei principi.

Anche nel diffuso *Lexikon des Arbeitsrechts* di A. Elster si indica nel 1910 in modo parimenti energico questa nuova direzione. Sarebbe, si dice qui,

«assolutamente necessario che sia il datore di lavoro che il lavoratore imparassero sempre più a sentirsi (!) come forze che hanno anche funzioni pubbliche e che nella impostazione dei loro rapporti hanno una certa responsabilità di fronte alla totalità»[235].

232 In «Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht», 6, 1900-1901, col. 85 recensendo Flesch.

233 G. BAUM, *Handbuch für Gewerbegerichte*, Berlin 1904, pp. LXXXXIV + 471 s.

234 In «Zeitschrift für Sozialwissenschaft», 7, 1904, pp. 748-750.

235 Cfr. *Lexikon des Arbeitsrechts*, alla voce *Arbeitsvertrag*, di nuovo con riferimento a Gierke e uno sguardo rivolto all'organizzazione.

Mancando la chiarezza sui principi si cercano qui nuove vie nel 'sentire'. Da questo 'sentire' rispetto al diritto del 1910 si è formata in Gierke nel 1914 e nel 1917 una prima concezione giuridica, integrativa della legge, sul 'contratto di lavoro'. Da ciò nasce più tardi una concezione che rimuove completamente la legge, che esclude del tutto anche le parti contrattuali, e con ciò la loro libertà, e una grossa porzione della libertà di tutti. A diventare giuridicamente determinante non è il 'sentire' delle parti contrattuali, ma dei giuristi dominanti e degli esperti di politica sociale. La mediazione dello Stato di diritto liberale attraverso la legittimazione generale nel parlamento e attraverso la forma della legge viene messa da parte. La proposta statal-giuridica di Lotmar delle frontiere che separano la giurisprudenza dalla politica non vale più o solo di caso in caso e non più come principio. Gli avvertimenti di Weber diventano realtà. Come conquista giuridica sostanziale è riconosciuta nel diritto del lavoro dal 1916 e 1918 una cosiddetta autonomia collettiva[236] che però nella sua funzione di libertà e di principio rimase assolutamente labile accanto alla legge, al parlamento e allo Stato. È significativo che proprio qui la soluzione si sia cercata partendo da Gierke e non da Lotmar[237].

## IV. *Risultati e conseguenze*

### 1. Risultato (1): Due posizioni di fondo

Le sette concezioni del 'contratto di lavoro' mostrano le

[236] In merito informativo e giustamente K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., pp. 177, 185.

[237] Così anche, secondo una tradizione che arriva fino ad oggi, con l'ottica del resoconto K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., p. 187: «Le basi dogmatiche del concordato tariffario erano state sviluppate nella dottrina dell'epoca prebellica sotto la guida di Sinzheimer sullo sfondo della teoria consociativa di Gierke» (con un richiamo tuttavia non proprio appropriato a E. PICKER, *Die Regelung*, cit., p. 287 e pp. 303 s. su Gierke; qui cfr. nn. 107 e 204. Lo stesso Gierke era in merito nel 1917 assai critico, vedi sopra n. 174).

condizioni e i contesti di importanti decisioni di fondo fino al presente. Ciò vale tanto più in quanto esse, come annunciato all'inizio e come si tratta adesso di precisare, si possono r i d u r r e a solo due posizioni normative di principio.

Si costruisce giuridicamente fondamentalmente o *pro libertate* o s e n z a sostanziale riguardo per la libertà[238]. Essenziali non sono chissà quali vage formule di raccordo, o la critica ad una insufficiente attuazione dei principi normativi[239], ma invece la decisione normativa su regola ed eccezione o altre regole di coesistenza. Senza tale precisazione la questione di principio resta ambivalente e giuridicamente non superata, cioè aperta. Le soluzioni diventano allora, già solo per questo, facilmente illiberali, perché sono proprio i ceti dominanti, nella loro concretezza storica, a creare le regole determinanti di caso in caso, perché così è facile che il potere abbia la meglio sul diritto uguale, almeno fino a quando il parlamento svolge ancora una funzione generalizzante.

Alcune soluzioni più o meno d u a l i s t i c h e tentano di portare alla coesistenza la libertà e altri principi, così per esempio Savigny e Gierke. Si tenta allora di armonizzare principi differenti su ambiti di validità separati, come per esempio diritto pubblico e diritto privato, o anche con la copertura supplementare di 'diritto sociale' e 'diritto individuale'. Queste soluzioni normativamente convincono tanto meno quanto più in realtà gli oggetti di regolazione sono per l'appunto poco nettamente separabili, ed essi non lo sono soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro. Esse sono più convincenti per l'ambito del diritto pubblico politico (dove si fronteggiano Stato e singoli) e del diritto semplicemente privato (i singoli contro i singoli). Per il 'diritto del lavoro' e ambiti simili invece una «riserva di diritto privato» orientata

[238] Porre l'accento su p r i n c i p i o di libertà e p r i n c i p i o di contratto è un grande merito dei lavori di E. PICKER, *Die Regelung*, cit., e anche di K.W. NÖRR, *Eher Hegel*, cit., e *Zwischen den Mühlsteinen*, cit.

[239] Su questo punto mette a ragione criticamente l'accento E. PICKER, *Die Regelung*, cit., pp. 265, 323 con n. 424.

all'oggetto, eccellentemente elaborata da Nörr come uno dei quattro modelli sull' idea di diritto privato nel XIX secolo[240], ha in se stessa il suo lato debole.

Un problema rimane naturalmente nel fatto che anche l'impostazione liberale deve eventualmente intervenire e regolare, affinché le libertà non si distruggano da sé. Si deve ad esempio chiarire il livello negoziabile, proporre e vietare procedure, impedire strategie sleali di mercato, tutelare beni collettivi etc. Ciò vale particolarmente per la difficile mediazione delle libertà di gruppo con la libertà generale. Era dunque consentita una certa libertà forzata? Anche questa problematica e questo modo di intendere liberal-sociale erano già sviluppati. Furono inventati strumenti come ordini di lavoro, tutela del lavoro, assicurazione sociale, contratti tariffari, responsabilità sindacale, consigli di fabbrica che partecipano ai licenziamenti, cogestione etc. Questi strumenti erano allora oggetto di contestazione giuridica ancora molto più di oggi, perché si argomentava ancora di più in linea di principio, e perché il carattere dei detti strumenti non era facile da spiegare proprio nell'aspetto di principio. Questi preziosi dibattiti oggi non sono più senz'altro correnti e sono andati persi in un certo pragmatismo.

A portare avanti sulla stessa linea il punto di vista del valore della libertà contribuendo alla chiarificazione di molti di questi problemi assai critici sono sopratutto Brentano e Lotmar. Nelle altre concezioni questa problematica della libertà forzata o della libertà di gruppo nel quadro di una libertà di principio ma anche a detrimento della libertà individuale, passa piuttosto in secondo piano rispetto alla tendenza concreta a prestare aiuto, all'assistere, all'essere sociale cristianamente, al lottare contro la classe dominante, al benessere statale etc. Si ha così l'impressione del tutto giusta che esista un vasto campo di antiautonomi che pure positivamente procedono per direzioni diverse. L'asserzione fatta ultimamente che la rappre-

[240] K.W. Nörr, *Eher Hegel*, cit., p. 51. A mio parere l'orientamento all'oggetto sarebbe un'integrazione ancora più feconda.

sentazione finalistica del «principio di contratto» nella lotta per il lavoro viene perseguita in «tutti i gruppi interessati», non sorprende per il campo sindacale riformatore, ma tralascia posizioni importanti oppure ne interpreta alcune sovrastimando il loro orientamento finale alla libertà[241]. È in gioco qualcosa di più che il cosiddetto principio di contratto nella lotta per il lavoro, principio che è solo mezzo rispetto allo scopo di una libertà ottimale, quanto più possibile uguale e generale. Riconosciuta era intanto la giustizia dell'aiuto, meglio ancora: dei d i r i t t i a l l' a i u t o. L'apparato giuridico-coercitivo doveva prendere posizione normativamente. Non si tenta più di addossare la colpa ai 'poveri infingardi', ma si realizza la povertà lavoratrice[242].

La sfida da superare era come si potesse risolvere il problema rappresentato da questo aiuto anche coattivo partendo dall'impostazione liberale. In Brentano e in Lotmar l'idea essenziale è sviluppata con chiarezza: a i u t o s o l o p e r a i u t a r s i d a s é. L'aiuto (sia esso dello Stato, della società o autonomamente della collettività) deve essere concepito solo in vista della salvaguardia della libertà e perciò con la salvaguardia delle garanzie e degli stimoli all'iniziativa dal basso. Sia Brentano che Lotmar escono così produttivamente dall'infruttuosa alternativa aiuto dello Stato o aiuto reciproco e da direttive troppo ambivalenti quali diritto attraverso «organizzazione» (L. Blanc, Gierke e altri), diritto autonomo di gruppo (Sinzheimer), diritto sociale (Schings, Roesler, Gierke, Potthoff, Sinzheimer e altri), teleologia oggettiva (Roesler), etc.

Secondariamente nel giurista Lotmar diventa chiaro l'importante valore, garanzia di libertà, di una d i v i s i o n e d e l l a v o r o t r a d i r i t t o e p o l i t i c a. Attraverso questa divisione del lavoro e il collegamento di diritto vigente garanti-

[241] E. PICKER, *Die Regelung*, cit., p. 299; cfr. già sopra il testo relativo alla n. 14. Con ciò non si vuole naturalmente disconoscere la meritevole riscoperta di impostazioni material-liberali.

[242] Illuminante in merito l'intenso dibattito sull'assicurazione pensionistica, su cui vedi J. RÜCKERT, *Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung*, cit., pp. 42 s.

to – e ciò significava garantito da leggi parlamentari specializzate, giudici severamente vincolati alla legge, parti contrattuali leali, e così via – e di produzione corretta, concordata secondo lo Stato di diritto, di diritto migliore nel processo di legislazione politica, il principio di libertà deve essere trasposto anche nelle istituzioni giuridiche. Al contrario i contemporanei accarezzavano l'idea di accessi diretti, fondati per lo più nell'oggettivismo idealistico, al diritto migliore rispettivamente immaginato. Questo ha portato a compromessi meramente di fatto, ad esempio alla giustizia del lavoro dal 1926 anziché al diritto del lavoro. I tentativi, imposti dalla costituzione, di pervenire ad un Codice del lavoro fallirono allora[243] come oggi. La codificazione nazionalsocialista dal 1934 si ispirò a principi collettivistici. Dopo di essa si ricadde concretamente e teoricamente nella non chiara situazione weimariana. La legge aperta e chiara passò in secondo piano, fino ad oggi, rispetto all'intanto completamente stabilizzatasi giustizia speciale istituita a partire dal 1926.

Essenziale appare in e con questa visione più differenziata di Brentano e Lotmar non tanto la singola figura giuridica, quanto piuttosto che tutti gli strumenti di diritto liberal-sociale possono essere allestiti collettivamente con il fine dell'emancipazione o della sottomissione al dominio, e che gli stessi rivelano la loro funzione di principio solo nel dettaglio giuridico e operativo[244]. Determinante per il carattere di principio delle concezioni, soprattutto di quelle in qualche modo «sociali», è dunque se esse fanno avanzare e sviluppano, con fine emancipatore, le libertà individuali verso una libertà sempre più generale, oppure no. In ciò ad esempio la concezione del sindacato di Brentano e la concezione del contratto tariffario di Lotmar hanno un alto contenuto di principio. Un lavoro meritorio sarebbe quello di recuperare altre figure giuridiche pertinenti[245].

[243] In merito ora più in dettaglio Th. BOHLE, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, cit.

[244] Cfr. per l'assicurazione pensionistica più precisamente J. RÜCKERT, *Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung*, cit., pp. 1-50.

[245] Buoni esempi offrono le indagini di E. DORNDORF, *Vertragsdurch-*

L'attenzione per l'evoluta concezione liberal-sociale è meritevole anche d a l p u n t o d i v i s t a s t o r i o g r a f i c o. Perché partendo da questa concezione che era allora quella relativamente più chiusa si riesce a raggiungere la massima chiarezza possibile nella definizione delle altre posizioni contemporanee. Al momento di distanziarsi dalla concezione evoluta di libertà in effetti gli spiriti si scindono. Il distacco avviene in due direzioni, verso 'sinistra' tra Lotmar e Sinzheimer, poi più chiaramente con Liebknecht e altri, verso 'destra' tra Lotmar e Gierke, poi più chiaramente con Bornhak e altri. Tra gli autori politico-sociali è Brentano a staccarsi, in modo del tutto analogo, da Dühring, Schmoller, Herkner, Potthoff e altri e più chiaramente da A. Wagner, K. Marx, A. Menger e altri. Anche qui c'è molto che meriterebbe una analisi molto più precisa sotto il profilo di questa problematica.

'Contratto di lavoro' divenne perciò un concetto capace di produrre e di essere oggetto di teoria di grossa portata storiografica. Il concetto sta al centro di una rinnovata t e o r i a d e l l a l i b e r t à. Il problema storicamente p r i m o dell'idea di libertà, la sua autoalienazione, era già risolto. L'alienazione presunta o reale della propria libertà diventò illegittima e illegale, nel momento in cui la si dichiarò «inalienabile», e cioè non consegnabile a terzi, perché «tutti i diritti personali sono inseparabili dalla nostra persona» (Stephani, 1797)[246].

A ciò si aggiunse però il s e c o n d o problema dell'idea di libertà, il problema della linea di partenza verso la libertà e della salvaguardia della libertà senza una sua diretta «alienazione», del minimo indispensabile per una libertà effettiva,

*setzung als Funktion des Kündigungsschutzes?*, in «Zeitschrift für Arbeitsrechts», 20, 1989, pp. 345-376 e DORNDORF-BRANDES-BUTTLER, *Arbeitsmarkttheorie und Arbeitsrechtswissenschaft*, in *Währungsreform und soziale Marktwirtschaft*, Berlin 1990, pp. 489-505, con l'importante acentuazione dell'efficienza economica anche della cooperazione.

[246] In merito basilare e chiarificatore D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des späten 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, pp. 125 ss.

dell'uguaglianza nella libertà. La capacità giuridica non bastava ancora a rendere capaci di diritti. Già la cosiddetta liberazione dei contadini aveva posto una volta questo problema e ovviamente lo 'Stato' aveva aiutato con indennizzi ed esenzioni[247]. La miseria industriale esigeva ulteriore *caritas*, ma questa di nuovo non dava alcun principio di soluzione, ma solo di lenimento. A darlo non fu neanche il contrasto impressionante, proclamato giustamente mille volte, tra giuridicamente libero e concretamente proscritto, di formalmente libero e materialmente schiavo. Il l a n c i o n e l l a l i b e r t à, la possibilità del libero sviluppo e della solidarietà, doveva essere reso possibile anche qui, perché il principio di libertà non finisse per agire particolaristicamente e diventasse di conseguenza inattendibile. La coazione giuridica necessaria a questo scopo poteva apparire conciliabile non con il *laissez-aller* ma con il principio di libertà, se e nella misura in cui tale coazione rendeva possibile simile lancio, e dunque la libertà. Su questa linea elaborarono le loro concezioni un Brentano e un Lotmar; Brentano tra l'altro nella stessa misura sia per l'ambito del diritto assicurativo che del diritto del lavoro[248]. Con ciò lo Stato sociale in formazione fu radicato nell'irrinunciabile, chiaro, solido principio di libertà. Si trovò finalmente un orientamento circoscrivibile e traducibile praticamente nei troppo generali obiettivi 'sociali'. Perché il ricorso al termine 'sociale' non dà, neanche oggi, alcun principio, l'assolutamente 'uguale' distrugge gli stimoli di libertà, e il formalmente 'uguale' regola troppo poco. Era così cominciata la necessaria integrazione

[247] In merito buono per il contesto che qui ci interessa R. KOCH, *Liberalismus und Soziale Frage im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 20, 22 s.

[248] Cfr. sopra gli scritti di Brentano nel testo e alla nn. 92 ss. Similmente qui, oltre a Lotmar, anche H. LEHMANN, *Grundlinien des deutschen Industrierechts*, in *Festschrift für E. Zitelmann*, 1913, pp. 3-46, qui pp. 8 s. che porta avanti sulla stessa linea il principio di libertà nel contratto di lavoro, e anche il fondatore della scienza del diritto dell'assicurazione sociale H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, I, Berlin 1893, § 24: «Der socialpolitische Grundgedanke», pp. 139-144, in cui si afferma che deve essere instaurata la «libertà e l'uguaglianza presupposta» dal diritto privato.

della uguaglianza nella libertà come uguaglianza reale di possibilità.

Anche il problema delle libertà collettive fu in parte risolto. Le libertà di gruppo potevano essere giustificate di fronte ad altre libertà di gruppo, coalizioni dunque contro coalizioni, a differenza di quanto si era stabilito nel 1791 con lo sguardo rivolto ai pericoli del monopolio. Ma la libertà dei singoli nel gruppo o di coloro che sono oggetto di queste libertà di gruppo doveva restare possibile, affinché le libertà di gruppo non si trasformassero in privilegi degli uni e schiavitù degli altri – un problema costante dell'«organizzazione del lavoro». Si richiedeva perciò acume pratico per trovare strumenti adeguati, nel diritto di coalizione, nel diritto di contratto tariffario, nel diritto di associazione, nel diritto aziendale, nel diritto di cogestione, etc. Fino ad oggi in questo campo non si è fatto tutto neanche lontanamente, tanto più che il nuovo livello economico rende dubbie le vecchie soluzioni.

Paradossalmente, i grossi sforzi di una concezione a sé stante di diritto del lavoro, diritto sociale e così via, approdarono manifestamente ad un *non liquet* per nuovi principi. Gli stessi sforzi diedero vita invece a lavori estremamente importanti intorno al o sul vecchio principio di libertà. Per il diritto del lavoro soprattutto emerge che la semplice caratteristica della 'dipendenza', indipendentemente dalla forma in cui appare, e cioè sia essa sociale in genere, di diritto direttivo, organizzativa, di inquadramento o altro, non contiene in sé ancora alcun principio normativo, e che da essa non risulta ancora alcun diritto del lavoro autonomo ma solo una classificazione di regole per determinate fattispecie. Ciò viene spesso e volentieri disconosciuto ancora oggi. Normativamente ciò che conta è la questione della libertà, questione che si pone diversamente a seconda del tipo di contratto di lavoro. Fu così che già nel *BGB* si vietò chiaramente lo stretto vincolo a vita[249]. Fu così che la libertà si presentò tanto più generalmente minacciata

[249] *BGB*, § 624, per iniziativa, tra gli altri, di Dernburg.

quanto più lungo era un contratto[250], e una regolazione di conseguenza tanto più giustificata. In generale emerse che anche il *Sozialrecht* non dava alcun principio sufficiente, perché esso doveva essere o, con A. Wagner, solo un aspetto di un continuo compromesso tra «principio individuale e principio sociale»[251], o similmente, con Gierke, il principio della metà del diritto relativa alla comunità[252]. Anche giustizia o giustizia distributiva non diede di più, e parimenti poco l'uguaglianza[253].

Nella concettualità giuridica i dissensi delle due posizioni di fondo emergono in molti punti più concreti, ma a livello massimo nelle risposte date all'eterna questione se il 'contratto di lavoro' sia un concetto di natura civilistica. Chi abbraccia questa concezione può evadere nel diritto pubblico, senza che si abbia una rottura del sistema, come eccezione contro «abusi di libertà» come già fecero Savigny, poi Lotmar e diversi altri. Si può però poi anche più o meno abbandonare il principio di libertà, come

[250] Vedi già la tipologia di Schmoller, 1874, in «Arbeitsvertrag», citato nella sezione I 4a.

[251] In merito buono con documentazione L.H.A. GECK, *Zur Sozialreform des Rechts*, cit., p. 21.

[252] In merito *ibidem*, p. 52, e recentemente, chiarificatore, S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht*, cit., p. 27, e K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, cit., pp. 224 s., che si esprime contro la diffusa erronea equiparazione con «soziales Recht». Contemporaneo e in linea di massima prezioso H. DIETZEL, *Individualismus*, in *Handbuch der Staatswissenschaften*, IV, 1892[1], pp. 564-580, qui pp. 565 ss. che vede il principio individuale e il principio sociale come posizioni di valore opposte, l'individuo «come mezzo al servizio, organo delle forme di vita sociale che sono fine a sé» nel principio sociale fondabile solo metafisicamente da potenze sociali preminenti, e il «principio individuale» come «soluzione 'positivistica' del problema fondamentale della scienza sociale».

[253] Sulla giustizia vedi ancora il testo relativo alla n. 262 e per l'uguaglianza sopra alle nn. 152 s. e 248. Per l'oggi vedi ad esempio H.F. ZACHER, *Sozialrecht und freie Marktwirtschaft*, in *Festschrift G. Wannagat*, Köln 1981, pp. 715-761, con il risultato di una definizione solo formale (p. 727) e della quasi-tautologia *Sozialrecht* è «diritto segnato in senso politico-sociale».

fecero i molti programmatici di un diritto del lavoro presunto 'moderno' a partire da Bornhak, Gierke, Stadthagen, Sinzheimer, Wolzendorff e così via fino ad oggi. Il «diritto pubblico», come diritto autonomo, si sovrappone allora al diritto privato con principi propri, segnati per lo più in qualche modo in senso 'sociale'. In questo caso si parla anche di *Sozialrecht* o *Sonderrecht* (diritto speciale), ma si lascia però la questione di principio nel complesso non chiarita nelle mani dell'attività quotidiana dei giuristi e si fissa la direzione solo nel caso particolare.

Metodologicamente negli autori in linea di principio liberali si trova, come si è visto, un'impronta neokantiana, soprattutto nella separazione relativamente alla divisione del lavoro fra diritto e diritto migliore (politica). Gli avversari pensavano invece senza eccezione di poter trarre il diritto giusto in qualche modo immediatamente dalla realtà concreta. Essi avevano dunque un'impostazione neoidealistica oggettiva anche se talvolta la chiamarono sociologica, realistica, o simili, creando, fino ad oggi, una grande confusione.

## 2. Risultato (2): tre fasi di sviluppo del concetto 'contratto di lavoro'

L'indagine mostra tre fasi. In via sperimentale le fisso più precisamente nel tempo:

1) Fino al 1890 sono nel complesso dominanti tra tutti i giuristi e da ultimo ancora in Lotmar nel 1902 l'impostazione liberale e quella integrata emancipatoriamente di 'contratto di lavoro' e di 'diritto del lavoro', rispetto a concezioni patriarcalistiche, statal-socialistiche e socialistico-classiste.

2) Fino al 1910 circa segue una labile fase di transizione in cui gradualmente arrivano a prevalere le voci favorevoli al vincolo, ai «contratti di lavoro vincolati», con la vistosa svolta di Flesch del 1904. Intorno al 1900 iniziò a manifestarsi palesemente un'insoddisfazione già diffusa, quale

quella formulata da Jastrow e altri[254]. Ciò corrisponde alla generale immagine per cui con l'entrata in vigore del *BGB* anche la sua concezione liberale, in parte esplicitata, in parte presupposta, del diritto privato e del diritto pubblico, avesse già perso chiaramente forza d'attrazione. Mi limito qui a menzionare solo il noto movimento del diritto libero e la cosiddetta controversia sui materiali[255].

3) All'incirca dopo il 1910 prevalgono già le voci di critica al diritto privato. Intorno al 1910 una svolta di tendenza verso lo sviluppo giudiziale della clausola generale di «fedeltà e fede» del Codice di diritto civile (par. 242), ora interpretata oggettivisticamente, è constatata come «tenore di fondo cui si intona il diritto più recente» (Hedemann)[256]. Appunto «giustizia sociale» doveva così scaturire dalla mano del giudice, come Sohm aveva raccomandato già nel 1895[257]. Anche il Centro aveva assunto molto consapevolmente questo orientamento critico verso la libertà. Il già citato e rappresentativo capo del Centro, Gröber, nella conclusione della sua trattazione sul *BGB* e il ceto operaio del 1897[258] aveva messo in luce come essenziale un progresso di principio:

«Ancora più importante dei progressi presi singolarmente è il potente cambiamento di principio nel modo di intendere il diritto, quale si vede nelle singole disposizioni. Ora sono ormai riconosciute in linea di principio due importanti proposizioni:

1) La libertà contrattuale non è il massimo bene, in questioni importanti essa viene infranta attraverso disposizioni che sono espres-

[254] Vedi sopra il testo relativo alla n. 231.

[255] Illuminante in merito Th. HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*, Ebelsbach 1982, parti II e V.

[256] J.W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 121, 119; l'intero libro, basilare, concerne l'abbandono del principio di libertà. Su tutto ciò più in dettaglio J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 46-49.

[257] In merito J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., p. 47.

[258] Cfr. sopra A. GRÖBER, *Die Bedeutung des BGB für den Arbeiterstand*, citato alla n. 181.

sione di un principio più alto; essa si deve muovere solo nei limiti del diritto. Prove di questo progresso sono il divieto di strozzinaggio, la riduzione giudiziale della pena convenzionale e del mercanteggiamento sul salario, la rescindibilità di un contratto di servizio eccessivamente lungo. Qui è riconosciuto il principio: la giustizia è il massimo bene, non la libertà contrattuale.

2) Non è consentito l'abuso di competenze anche se acquisite legalmente».

Per Gröber da ciò risultava «il grande principio radicale: il diritto formale deve cedere il posto a quello materiale, le norme della legge umana devono servire la giustizia divina»[259].

Ciò che è interessante di questo *resumée* su diritto civile e questione operaia non è tanto la difesa della legittimità dei progressi quanto la loro risoluta interpretazione: libertà solo nei «limiti del diritto», e ancora meglio, della «giustizia». Su ciò, fino a Planck, Windscheid, Sohm e Oertmann, senz'altro con Gierke, Bornhak e altri, si concordava nella sostanza, giustizia divina a parte. Ciò significava consenso nella negazione della libertà e dell'autonomia privata originarie[260], negazione di questa esalazione del giusnaturalismo. Contro il puro e semplice rimando alla giustizia, in cui Gröber non era solo[261], giuristi critici come Lotmar e Stammler avevano dimostrato che la giustizia poteva essere solo un postulato astratto[262] e che era necessaria un'idea guida normativa più concreta. Il problema era dunque quel-

[259] *Ibidem*, p. 37.

[260] Cfr. l'interessante dibattito dogmatico nel basilare commentario dedicato a Planck e Windscheid di OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Berlin 1927³, qui pp. 317 s. con ricche indicazioni. Per Planck vedi già sopra il testo relativo alla n. 194.

[261] Per A. Wagner cfr. H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., p. 132 con citazione, per Schmoller R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich*, cit., p. 80 con citazione.

[262] Ph. LOTMAR, *Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. Zwei Vorträge*, Bern 1893, pp. 95 s. Inoltre la recensione, sostanzialmente concordante, di R. STAMMLER in «Archiv für soziale Gesetzgebung», 6, 1893, pp. 615-622.

lo del suo contenuto e del modo in cui essa doveva essere tradotta in pratica.

Le tre fasi emergono anche dal puro e semplice andamento della terminologia nell'elenco dei titoli dato sopra. Una vuotezza strabiliante, abissale, domina in effetti già solo su questo piano storico esteriore tra il 1875 e il 1887. Per questo periodo non è documentato nemmeno un titolo con «contratto di lavoro» o «locazione di lavoro» o «negozio di lavoro» o «rapporto di lavoro» o con «contratto dei lavoratori», e solo un titolo con «diritto di lavoro»[263]. Una chiara animazione è riscontrabile nel periodo dopo il 1890 e il 1895. Una nuova animazione segue nel 1900, nel 1902 (6 titoli), nel 1905 (7 titoli), quindi più energica nel 1910, 1911 e così via (17, 9, 7, 14, 11).

Le tre fasi che si possono cogliere nella storia del diritto si possono trovare anche nel generale corso della coscienza politico-sociale dell'Impero[264]. Anche qui si segna una chiara cesura nel periodo intorno al 1890. Essa diviene percettibile ad esempio nei decreti di febbraio di Guglielmo II e nella rinnovata scelta del tema «diritto del lavoro» nel 1890 da parte del «Verein für Socialpolitik»[265] e precedentemente nel grande sciopero dei minatori del 1889 e nella caduta della legge antisocialista nel febbraio del 1890.

[263] F. GILLES, *Arbeitsrecht und Bodenreform* (1885). Cfr. sopra l'elenco e le notizie delle fonti di per sé feconde. Anche nella rivista tendenzialmente aperta di Hirth «Annalen des deutschen Reiches» non compare, secondo l'indice generale per il 1868-1898, tra il 1875 e il 1892 nessun contributo che contenga nel titolo composti con «lavoro».

[264] Cfr. in merito sulla scorta dell'esempio del «Verein für Socialpolitik», D. KRÜGER, *Max Weber und die «Jüngeren» im Verein für Sozialpolitik*, cit.; molto generale R. VOM BRUCH, *Phasen der bürgerlichen Sozialreform*, in R. VOM BRUCH (ed), *'Weder Kommunismus noch Kapitalismus'*, cit., pp. 13 s.; fornisce con distacco un'ampia informazione e proposte di ordine ancora E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, cit., pp. 1124-1256.

[265] In merito D. KRÜGER, *Max Weber und die «Jüngeren»*, cit., pp. 100 s. e R. VOM BRUCH, *Phasen der bürgerlichen Sozialreform*, cit., pp. 13, 122 s.

Intorno al 1900 la fondazione della «Gesellschaft für soziale Reform» (Società per la riforma sociale) del 1901 è indizio di un'ulteriore cesura nel contesto europeo. Durante l'esposizione mondiale di Parigi era stata fondata nel 1900 la «Internationale Vereinigung für gesetzlichen Arbeiterschutz» (Associazione internazione per la tutela legale del lavoro), e a Basilea entrò in funzione l'«Internationales Arbeitsamt» (Ufficio internazionale del lavoro): la Società per la riforma sociale tedesca ebbe origine in questo contesto[266]. Significativo appare anche che nel 1899 i sindacati si mostrarono concilianti verso il movimento per il contratto tariffario[267] e i cosiddetti progetti di legge detentivi sul diritto di coalizione decaddero[268].

Gli indizi a favore di una generale cesura intorno al 1910 sembrano meno chiari. Buoni indizi, anche generali, fornisce però qui non da ultimo l'attentamente discussa politica legislativa. Con l'era Bethmann-Hollweg/Delbrück si pervenne a tutta una serie di leggi di politica sociale come il *RVO* del 1910-11, la legge sull'assicurazione degli impiegati del 1911, la legge sul lavoro domestico del 1911, la legge sul collocamento del 1910 e altre ancora. Poco prima di queste si erano avute la riforma finanziaria dell'Impero del 1908, la legge sul diritto di associazione del 1908, l'emendamento alla *Gewerbeordnung* del 1908, la legge di tutela dei lavoratori della grande industria siderurgica del 1908, un progetto di legge sulle camere del lavoro nel 1908-09-10, un emendamento alla legge mineraria del 1909[269], la legge contro la concorrenza sleale del 1909, e anche uno *Juristentag* sul

[266] In merito ancora buono L. HEYDE, *Abriss der Sozialpolitik*, qui cit. secondo la 10a ed. Heidelberg 1956, § 9, p. 54, sulla sua attività successiva più in dettaglio R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich*, cit., pp. 130 ss.

[267] E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, cit., pp. 1253 s.; il fatto è messo in rilievo anche da V. HENTSCHEL, *Geschichte der deutschen Sozialpolitik*, Frankfurt a.M. 1983, p. 51.

[268] E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, cit., pp. 1235 s.

[269] Buona informazione su tutto ciò *ibidem*, IV, pp. 1245-1249.

problema del contratto tariffario nel 1908. Dall'inizio del 1908 il parlamento fu «continuamente impegnato con progetti di legge di politica sociale»[270]. In questo modo si suscitò apertamente una più vasta politicizzazione, ad esempio a favore o contro la legislazione particolare sugli impiegati, a favore o contro un diritto del lavoro unitario, che si riflette in una nuova fase di dibattito la cui intensità nel 1912 non fu minimamente attenuata dal noto scritto polemico di L. Bernhard su *Unerwünschte Folgen der deutschen Sozialpolitik*[271].

Un sostanziale cambiamento sia dal punto di vista generale che storico-giuridico, dalla semplice programmatica alla nuova dogmatica rilevante nella pratica e al nuovo diritto giudiziale, dal 'sentire' (Elster, 1910) all'attuazione giuridica, si ha però solo con gli anni Venti, con la situazione costituzionale completamente nuova e le relative conseguenze[272]. Per il 'contratto di lavoro' ciò significa un vero cambiamento di fondo in direzione della comunità. Dal punto di vista giuridico comincia ad affermarsi una certa versione del già diffuso abbandono del principio di libertà: non la versione orientata in senso di classe del socialismo né quella dell'umanitarismo sociale cristiano, ma invece una versione orientata in senso social-nazional-popolare. Ma il popolare (*voelkisch*) «rapporto comunitario di diritto personale» dell'epoca nazionalsocialista non si sarebbe potuto affermare senza le proposizioni programmatiche di Gierke e di Endemann, senza Sinzheimer e Potthoff e senza il contesto costituzionale e sociale di Weimar, ed ha in ciò un'interessante parziale continuità di contenuto. Da qui in poi e fino ad oggi il 'contratto di lavoro' viene inteso del tutto prevalentemente come contratto speciale con principi suoi specifici. Il principio di libertà negli strumenti giuslavoristici non è stato oggetto di ulteriori appro-

[270] L. HEYDE, *Abriss der Sozialpolitik*, cit., p. 57.

[271] *Ibidem*, p. 58.

[272] Cfr. in merito J. RÜCKERT, *Das 'gesunde' Volksempfinden*, cit., pp. 243-245.

fondimenti e di perfezionamento. Ciò ha molte singole conseguenze sul terreno sempre difficile del diritto che meriterebbero di essere indagate.

Le continuità – certo non semplici identità – riguardano anche il m e t o d o, giacché tutte queste posizioni come le restanti antiliberali prendono le mosse da un'idea di «espressione» (*Ausdruck*) che risale all'idealismo oggettivo tedesco[273]. Il diritto qui ha da esprimere la realtà, non viene contrapposto ad essa come atto creativo. In questo senso si vuole essere realisticamente vicini alla realtà anziché idealisticamente, sociologicamente anziché semplicemente giuridicamente, materialmente anziché formalmente. Il diritto viene allora concepito marxisticamente come specchio e sovrastruttura della realtà, o evoluzionisticamente come grandezza di sviluppo nel corso dell'evoluzione generale, o istituzionalisticamente come elemento in una totalità data, o del tutto in generale neoidealisticamente come espressione del reale, della vita in genere, etc. Esso è allora sempre una grandezza intesa o g g e t t i v a m e n t e, che non deve e non può essere «fatta» in prima istanza da parti contrattuali o da parlamenti, ma che invece viene amministrata da esperti della conoscenza oggettiva. Le premesse filosofiche che sottostanno ad un simile modo di vedere sono in positivo molteplici e non possono essere affrontate più da vicino in questa sede. In negativo esse non sono, in ogni caso, né kantiane, né neokantiane, né filosofico-positivistiche[274].

Il carattere di principio di lungo periodo di tutte queste concezioni del 'contratto di lavoro' e la loro relazione con concetti giuridici fondamentali danno modo di verificare, in sede di conclusione, le odierne interpretazioni in merito. In questo modo si possono dissolvere molte comprensioni predeterminate e qualche questione controversa può essere chiarita e così, se si vuole, decisa meglio.

[273] In merito *ibidem*, pp. 228 ss.; cfr. le pezze d'appoggio per gli esempi fatti sopra alla n. 171.

[274] Cfr. in merito J. RÜCKERT, *Savigny nach 1900* (1991), cit., pp. 62 ss.

## 3. Risultato (3): Pregiudizi antiliberali della storiografia giuridica e valutazione del contributo della giurisprudenza alla cosiddetta questione sociale

Il diritto del contratto di lavoro del periodo imperiale appare nella storiografia giuridica e negli schizzi dei giuslavoristi per lo più come semplice diritto contrattuale. Esso viene visto come il deficit della concettualità della giurisprudenza civile, come *pars pro toto* di un sottosviluppo, di una cecità per la cosa sociale, di una estraneità alla vita e di una fuga dalla realtà, di una tacita politica dei dominanti, e anche, ancora più duramente, come involucro astratto di un assoggettamento reale: «La storia della liberazione del lavoro è la storia della sottomissione del proletariato» (van der Ven[275]). Il moderno diritto del lavoro come diritto speciale appare, davanti a questo sfondo, come «uno dei pochi indubbi progressi della nostra cultura giuridica (cioè dal 1918)» (Wieacker[276]), che fa saltare il modello (liberale) di un diritto privato generale. Su questa linea tracciata nella storia del diritto del lavoro si concorda in negativo. Essa si presenta in versioni assai diversamente motivate ed è (perciò?) particolarmente preferita. Una versione un po' meno forte è attualmente sostenuta anche da Coing[277]. In un confronto della storiografia che accoglie la linea così tracciata con l'istruttivo sguardo d'insieme di Ebel del 1939 su *Arbeit und Arbeiter in der deutschen Rechtsgeschichte* emergono delle comunanze degne di nota che non sono indizi di qualcosa di specificamente nazista, quanto piuttosto di tradizioni interpretative di lungo periodo[278].

[275] F. VAN DER VEN, *Sozialgeschichte der Arbeit*, III, cit.

[276] F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967², p. 549 e la ed. 1952, p. 320. Così pure, con una concordanza degna di nota, già nel 1929 K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, hrsg. von O. KAHN-FREUND, Stuttgart 1965, p. 96 in una nota del 1929 sulla riedizione della sua opera, allora anonima, del 1904.

[277] H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, cit., pp. 189, 195-197. Egli tuttavia accenna solamente alla questione dei principi.

[278] W. EBEL, in *Göttinger akademische Reden*, 8, Göttingen 1939, pagine non numerate (ma 14-18).

La mia tesi è che il criterio di questo modo di valutare sono soprattutto pregiudizi antiliberali. Singole posizioni di valore in qualche modo 'sociali' cercano la loro motivazione nel passato. La rappresentazione storica che così ha origine seleziona fortemente e valuta ingiustamente. Il pionieristico empirismo sociale di Lotmar diventa così, come si è detto, mera scienza dei fatti («*Tatsachenkunde*»)[279], la sua impostazione di principio privatistica diventa antiquata impostazione romanistica[280], il suo concetto ampio di contratto di lavoro «inadeguato» concetto da giurista, il suo attenersi al principio contrattuale anche per i contratti sindacali diritto immorale[281] e così via di questo passo. Con selezioni e svalutazioni di questo tipo però i problemi essenziali non vengono assolutamente approfonditi ulteriormente. La rappresentazione storica riproduce polemica contemporanea di prima del 1910. Una tale rappresentazione storica divenne dominante nell'epoca weimariana; in quella nazionalsocialista fu volentieri usata e approfondita in senso antiliberale, e anche nel 1945 non fu sottoposta ad alcuna revisione, ma invece messa su un piedistallo con il neogiusnaturalismo e la valorizzazione della costituzione e così rilegittimata. Le eccezioni meritano oggi una nuova lettura[282].

In questo quadro storico criteri non verificati, spesso inconsapevoli, portano spesso a non porre affatto elementarissime domande di verifica storica o a porle troppo superficialmente. C'è infatti da indagare ad esempio sul reale impatto avuto dalle concezioni di contratto di lavoro sulla

[279] Cfr. sopra Sinzheimer prima della n. 169; una eco di questo modo di valutare si trova anche in H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, cit., p. 196, che ritiene che solo con Sinzheimer abbia avuto inizio la ricerca del diritto effettivo; ma cfr. anche sopra il testo relativo alla n. 169.

[280] Cfr. sopra prima della n. 169 e per Lotmar la n. 85.

[281] Cfr. sopra Liebknecht nella n. 149.

[282] Così ad esempio W. HALLSTEIN, *Wiederherstellung des Privatrechts*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1946, pp. 1-7. Merita molto il confronto con la tendenza opposta in W. HALLSTEIN, *Von der Sozialisierung des Privatrechts*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», 102, 1942, pp. 530-554.

realtà di allora, e dunque anche sulla vera condizione in cui si trovavano a quel tempo i lavoratori interessati, sui reali rapporti di lavoro, e soprattutto sul mercato del lavoro (per tutte le questioni concernenti salario, rischio, licenziamento, la 'bilancia dello sfruttamento'). Utile per la valutazione è anche indagare sulle prestazioni comparabili di altri modelli *'migliori'* (anche *in* Europa).

Anche il problematico lato politico-costituzionale e giuspubblicistico dei «progressi» del diritto del lavoro viene lodato senza venir sottoposto ad alcuna verifica. Ci si scorda delle vittime del «socialismo di Stato» e della rivoluzione «socialista»: la valutazione viene semplificata unilateralmente.

La trasposizione metodologica di una politica del diritto migliore in un diritto migliore viene pretesa, nello sguardo retrospettivo, com'è ovvio, «dalla scienza giuridica» e «dai giuristi». Si immagina che una maggiore concretezza e un maggiore rispetto di un dovere «sociologico» (come già in Sinzheimer) avrebbero portato ad una «soluzione». Un tale modo di vedere non trova giustificazione. Contemporanei politicamente assai informati, coraggiosi e sensibili degli anni intorno al 1900 quali Lotmar, Th. Loewenfeld, Max Weber, Brentano e altri vedevano la cosa in modo assai più differenziato e critico, e certo a ragione. Nel 1937 lo stesso Sinzheimer, cambiando le sue stesse precedenti asserzioni, non a caso ha giudicato le posizioni metodologiche e contenutistiche di Lotmar molto più positivamente che nel 1922-23[283]. Il suo allievo Franz Neumann

[283] H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker* (1937), cit., pp. 207-225, dove Sinzheimer non nomina il suo necrologio critico di Lotmar del 1922, ma cambia di molto implicitamente le sue valutazioni, cfr. p. 219 sul metodo, p. 220 sul romanistico, p. 223 in cui dice di «giudicare [ora] più giustamente». Questa diversa interpretazione e questo avvicinamento liberale da allora viene spesso e volentieri proiettato all'indietro per lo stesso Sinzheimer: cfr. il discorso per il giubileo della fondazione, cui aveva partecipato Sinzheimer, della «Akademie der Arbeit» di F. BÖHM, *Freiheit als Lebenselement der Wissenschaft*, in «Gewerkschaftliche Monatshefte», 9, 1958, pp. 263-273. Sullo Sinzheimer del 1922 vedi sopra il testo relativo alla n. 205.

(1900-1956) nello stesso anno, 15 anni dopo la morte di Lotmar, in un famoso saggio ha scoperto, o meglio riscoperto, il «mutamento di funzione della legge nel diritto della società borghese» e il suo valore liberale[284].

Prospettive erronee della storia del diritto molto spesso si possono correggere rivolgendosi alla ricerca storica generale, ma non è accaduto così in questo caso. Al ruolo dei giuristi non si presta molto semplicemente alcuna attenzione, i problemi normativi di fondo non vengono affrontati quasi per niente, e ciò vale in particolar modo per l'idea liberale di diritto privato già fortemente introdotta nei testi giuridici. Ciò sorprende se si pensa che gli strumenti essenziali della trasposizione pratica di quasi tutta la politica sociale dell'Impero erano di tipo giuridico. Dalla amministrazione che la preparava, attraverso il *Reichstag* e il *Bundesrat*, l'amministrazione che aveva compiti esecutivi, la giustizia e la pubblica accusa, fino ai rappresentanti degli interessi nell'economia, nei partiti e nei sindacati, ovunque si chiedeva una riforma del diritto e si prendeva parte ad essa, e non solo tra i borghesi. Il concentrarsi proprio sul *medium* del diritto e soprattutto della legge è probabilmente caratteristico dell'epoca, e certo non è un caso in uno Stato in cui si cercavano compromessi affidabili ma in cui le profonde contrapposizioni sociali e una sfiducia di fondo erano un problema costante. Un secondo fuggevole sguardo mostra che in quasi tutti questi ambiti della trasposizione pratica della politica sociale a dominare erano i giuristi. Ciò già solo per il fatto che a prescindere dalla giustizia etc. anche l'amministrazione di grado superiore in tutti gli Stati tedeschi era, attraverso l'ordinamento della formazione professionale e degli esami, monopolio certo dei giuristi[285]. Alla svolta verso

[284] In «Zeitschrift für Sozialforschung», 6, 1937, ora in F. NEUMANN, *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967, pp. 31-81, sul diritto del lavoro p. 71. Cfr. da ultimo lo schizzo biografico di U.K. PREUSS in *Streitbare Juristen*, cit., pp. 390-400. Su Weber etc. cfr. sopra in prossimità delle nn. 110 e 70.

[285] In merito ora l'eccellente e concentrato sguardo d'insieme di B. WUNDER, *Geschichte der Bürokratie in Deutschland*, Frankfurt a.M. 1986, qui

il nuovo secolo ciò si afferma anche nelle città[286]. Anche nel *Reichstag* e nel «Verein für Socialpolitik», presieduto dal giurista R. Gneist fino al 1895, i giuristi non costituiscono certo una piccola minoranza[287]. Una osservazione quale quella fatta dallo studioso e buon conoscitore di questi temi, Rüdiger vom Bruch sul consolidarsi in questo periodo del «pensiero giuridico positivistico» e sulla presenza nell'Impero di una tradizione di pensiero giuridico-sociale assai misera e i cui effetti si sarebbero fatti sentire solo sul lungo periodo[288], mostra semplicemente ignoranza e incomprensione. «Positivistico» non esclude proprio un'attiva politica del diritto e una p o l i t i c a di legislazione sociale, anzi, l'esigerebbe[289]. Già solo i temi scelti annualmente dagli *Juristentage* sono indicativi. Quella «social-giuridica» era solo una corrente di giuristi tra altre molto più importanti, che comunque trasponevano concretamente la politica sociale in diritto. La fissazione su Gierke è comprensibile, ma storicamente sbagliata. Mi sia qui consentito di accennare ad un solo secondo indizio: in *Max Weber und seine Zeitgenossen*[290]

p. 78, e inoltre K.G. JESERICH, *Die Entwickung des öffentlichen Dienstes 1871-1918*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, III, Stuttgart 1984, pp. 645-677 s., 674; per il Württemberg, *ibidem*, B. MANN, pp. 746 s.: il Württemberg aveva, com'è noto, tentato un'altra strada, ma solo fino al 1903.

[286] B. WUNDER, *Geschichte der Bürokratie in Deutschland*, cit., p. 86.

[287] Indagini più precise evidentemente mancano. Importanti i dati in B. MANN, *Biographisches Handbuch der Abgeordneten des preußischen Abgeordnetenhauses 1867-1918*, Düsseldorf 1988, pp. 23 s.: la presenza dei giuristi muta dal 46, 7% del 1874, al 37, 6% del 1883, al 33, 7% del 1894, al 32, 6% del 1904 fino al 40, 4% di nuovo nel 1913. Per il «Verein für Sozialpolitik» cfr. l'elenco dei membri che svolsero un ruolo importante nelle commissioni per l'elaborazione del *BGB* in H. COING, *Einleitung* a *J. v. Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin 1878[12], p. 18.

[288] R. VOM BRUCH, *Bürgerliche Sozialreform im Kaiserreich*, cit., p. 68 con n. 36.

[289] In merito più in dettaglio e proprio per il periodo problematico J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., pp. 96 s., 59 s. e J. RÜCKERT, *Formalismus und vergleichbare Konzepte*, cit. La comprensione che si ha oggi del positivismo giuridico è qui piuttosto d'impedimento.

[290] W.J. MOMMSEN-W. SCHWENTKER (edd), *Max Weber und seine Zeitgenossen*, Göttingen 1988.

sono completamente assenti i giuristi che furono contemporanei di questo giurista. Lo squilibrio è particolarmente vistoso data l'opulenta ricchezza del volume. Decisivo è però soprattutto che nella premessa e nell'introduzione non si possa rinvenire alcuna coscienza della presenza di questo deficit, ma solo un'unica curiosa frase[291]. Certo si deve tenere in conto che forse lo stato della ricerca nella storia del diritto non sembra stimolante, ma è certo assai migliore di quanto possa sembrare[292]. Tali deficienze della ricerca sono tra l'altro pericolose, dato che più precise asserzioni della storia sociale spesso dipendono da trasposizioni e possibilità di trasposizione in diritto concreto molto precise, ad esempio nel caso dei contratti tariffari, del diritto di associazione, del diritto di sciopero etc.[293]. Sulla scorta dell'esempio dell'assicurazione pensionistica diviene concretamente visibile come anche la storia generale trascuri o sottovaluti la portata delle posizioni e delle trasposizioni giuridiche liberali contemporanee[294]. Il rischio esiste naturalmente anche all'oppo-

[291] *Ibidem*, p. 22, dove si dice che «motivi di contenimento della mole» del lavoro non hanno consentito di soffermarsi, nelle circa 800 pagine, nemmeno una volta su G. Jellinek. Per qualsiasi esperto della tarda pandettistica e del tempo è invece evidente quanto molte allusioni, problematiche e concettuologia ad esempio presenti nella *Rechtssoziologie* siano condizionate dal diritto del tempo. Solo che Weber, purtroppo, non cita espressamente quasi niente di giuridico. Un esempio sarebbe la differenziazione tra *formal-material*, rispettivamente *formell-materiell*.

[292] L'ineguagliata ricchezza dei volumi di E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., dovrebbe essere tanto nota quanto eventuali obiezioni sulla sua concettuologia. Essi non vengono usati quasi per niente. La letteratura più recente di storia del diritto del lavoro in senso ampio è notevole, cfr. tutta quella che si è citata qui, particolarmente alla n. 13. Lo stesso vale per la storia dell'assicurazione sociale, cfr. da ultimo J. RÜCKERT, *Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung*, cit., con le relative indicazioni bibliografiche. In generale sulla storia del diritto del XIX secolo fino al 1914 circa e sui concetti interpretativi con ricca documentazione J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit.

[293] Cfr. in merito l'analisi stringata ma precisa in H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, cit., pp. 201-206 e E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV, cit., pp. 1255 s. e per il diritto di associazione e il diritto tariffario più precisamente G. BENDER, *Die schwierige Koalitionsfreiheit*, cit., e *Strukturen des kollektiven Arbeitsrechts*, cit.

[294] Su queste posizioni analiticamente J. RÜCKERT, *Entstehung und Vor-*

sto, per valutazioni di figure dogmatiche da parte di una storia del diritto non attenta alla storia sociale. Sulla scorta dell'esempio del contratto tariffario si vede che la concezione di Lotmar viene rigettata troppo rapidamente con contemporanee argomentazioni corporativistiche, anziché venir approfondita nel suo effetto più da vicino in un'analisi economico-politico-sociale[295].

Questi criteri di valutazione che hanno esercitato un forte potere sulla storia del concetto di 'contratto di lavoro' e della politica sociale devono essere portati a livello di coscienza, devono essere poste le domande di verifica e devono essere elaborate nuove risposte. Esse sicuramente storicizzeranno le rappresentazioni storiche e renderanno fecondi altri criteri. Qui affiorava qualcosa a questo proposito e portava a orientamenti nuovi. La trasposizione giuridica di una *Hilfe zur Selbsthilfe* era un punto centrale.

Dati tali deficit della coscienza dei propri presupposti non sorprende che i cosiddetti inizi del diritto del lavoro vengano ancora collocati solo negli anni Venti e che si veda in Sinzheimer addirittura il suo «padre» (Abendroth 1986)[296], sebbene ciò allo stesso Sinzheimer, che sapeva meglio come stavano le cose, non sarebbe mai venuto in mente. Urge una prospettiva più avvertita rispetto alle norme e rispetto ai principi, più concreta in senso storico-sociale e storico-politico, meno schematicamente trasmessa. Una tale prospettiva mostra che qui in verità quelli che erano pregiudizi sono diventati schemi interpretativi e tradizione, e hanno lasciato che scomparissero in un museo altre valuta-

*läufer der gesetzlichen Rentenversicherung*, cit., pp. 17 e 25 s. sul diritto soggettivo, pp. 20 s., 43. La «variante liberale» è vista anche chiaramente da G. BENDER, *Strukturen des kollektiven Arbeitsrechts*, cit., p. 273 e *passim*. Altra tendenza sul diritto in D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, cit.

[295] Un esempio nella buona analisi di G. BENDER, *Strukturen des kollektiven Arbeitsrechts*, cit., p. 278. Illuminante sarebbe anche il Gierke del 1917 (*Die Zukunft des Tarifvertragsrecht*, cit.).

[296] Citato nello studio biografico su Sinzheimer da BENÖHR in *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, cit., pp. 67 ss., qui p. 69 n.

zioni e tradizioni. Le concezioni veramente storiche del 'contratto di lavoro' e del 'diritto del lavoro' sono più ricche e stimolanti, proprio nel loro contenuto di principio. L'impostazione di principio liberale di un Lotmar, impostazione che è stata rimossa, appare molto 'più moderna' che non i principi eteronomi dei suoi avversari.

Ma proprio l'intera concezione liberale, in senso materiale, di Lotmar del contratto di lavoro, del diritto privato, dello Stato di diritto e della politica non venne sviluppata, e tanto meno esaurita nella sua ricchezza di dettagli. Essa colò a picco nell'epoca weimariana e nazionalsocialista semplicemente per una polemica che l'additava come sorpassata, liberalistica e pandettistica. In verità questa concezione offre molto per una *Renaissance* del diritto privato e del diritto del lavoro liberali, in senso materiale, nel contesto di uno Stato di diritto e di una democrazia quale ci sarebbe toccata al più tardi dopo il 1949[297].

La storia dei concetti mostra relativamente al 'contratto di lavoro' un movimento storico che inizia nel 1870 circa e in cui a partire dal 1910 circa ci si distacca chiaramente dal vecchio principio individualistico di libertà e si cerca di articolare giuridicamente e normativamente non solo il problema della 'tutela sociale' ma anche la cooperazione collettiva. Per fare questo vengono impiegate sia impostazioni liberali che illiberali. La storia del concetto mostra con ciò connessioni di metodo, concettual-giuridiche e storico-sociali, di vasta portata del 'contratto di lavoro'. Essa rinvia le interpretazioni e le posizioni di oggi al loro essere schiave di certe vecchie valutazioni ed esorta a ripensare attentamente queste valutazioni e queste interpretazioni in una nuova autointerpretazione. Essa indica la via di una creazione giuridica nei suoi principi liberale, anche per un diritto come il diritto del lavoro che spesso si presenta come regolazione. L'eredità degli anni Venti ha qui creato confusione su molti meritevoli lavori retrospettivi. Essi, in verità, avrebbero do-

[297] Ma cfr. ora Th. RAMM, *Grundrechte und Arbeitsrecht*, cit.

vuto essere facili da riconoscere, giacché la 'statalizzazione' weimariana della cooperazione collettiva attraverso la mediazione coatta etc.[298] si era rivelata non proprio giusta.

[298] Th. BOHLE, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, cit., mostra istruttivamente come nel 1923 nel ministero imperiale del lavoro si abbandonò la via dell'autonomia collettiva (o meglio cooperativa), pp. 140 s., che aveva introdotto stabilmente i concordati tariffari.

# Sviluppi della politica sociale, crisi dello Stato etico e giudizi di valore in Germania tra Otto e Novecento

di *Gustavo Gozzi*

## 1. *La storia dei concetti: precisazione di un approccio*

Nel tentativo di definire la portata della storia dei concetti R. Koselleck osserva che essa è impensabile senza la storia sociale. La storia dei concetti è infatti un metodo di critica delle fonti che tuttavia indaga anche il significato che una parola possiede in un certo contesto sociale o per particolari schieramenti politici. In altri termini, la storia dei concetti mira alla storia reale, rappresentando una sorta di *conditio sine qua non* della storia sociale[1].

È una osservazione importante che ritengo di poter condividere, anche se mi sembra più opportuno sostituire alla nozione di «storia sociale» quella di «storia costituzionale», intendendo con essa fare riferimento all'insieme delle forze sociali e politiche, delle ideologie di cui sono portatrici e delle istituzioni in cui le loro istanze si cristallizzano.

Tuttavia Koselleck è dell'avviso che si possa anche sviluppare una storia dei concetti in forma autonoma[2], dopo aver ricostruito i concetti in relazione alla storia sociale. La successione dei significati che ne deriverebbe consentirebbe, a suo giudizio, di mettere in luce la persistenza o il tramonto delle strutture, come, ad esempio, i rapporti di produzione o gli assetti costituzionali.

In realtà il rischio sotteso a questo tipo di ricostruzione è

[1] R. KOSELLECK, *Futuro passato*, Genova 1986, p. 106.

[2] *Ibidem*, p. 98.

certamente quello di una storia delle idee di cui non si riesce a cogliere la rilevanza rispetto ai processi storico-costituzionali.

Occorre invece cogliere le ragioni dei mutamenti di significato: questo è il compito di una storia dei concetti. È un problema complesso perché a volte il significato indica un processo già avvenuto, altre volte rappresenta un'idea prescrittiva. Solo il riferimento agli interessi, alle ideologie che essi esprimono e alle istituzioni entro le quali operano permette di definire l'ambito nel quale si colloca un significato.

Ciò appare particolarmente evidente nell'analisi del concetto di «politica sociale». Nel secondo Ottocento in Germania la trasformazione che investe questo concetto si può probabilmente individuare nel processo di secolarizzazione dell'idea etica che ne era al fondamento.

## 2. *Politica sociale e Stato etico*

Dopo la fondazione del *Kaiserreich* si sviluppò tra i *Nationalökonomen* tedeschi un acceso dibattito sul ruolo dello Stato in economia. Contro le posizioni dei liberisti che consideravano lo Stato un male necessario da limitare quanto più possibile, G. von Schmoller intervenendo ad Eisenach nel 1872 alla seduta inaugurale del *Verein für Sozialpolitik*, enunciò la concezione dello Stato come potere posto al di sopra delle classi, capace di dare leggi e di guidare l'amministrazione con mano giusta, di abolire i privilegi e di elevare le classi inferiori: esso è – commenta Schmoller – «il più grande istituto etico (*das grossartigste sittliche Institut*) per l'educazione del genere umano»[3]. Questa concezione si era attuata nella monarchia prussiana, che aveva saputo realizzare l'emancipazione dei contadini ed aveva avviato la prima legislazione sulle fabbriche.

[3] Cfr. *Die Eisenacher Versammlung zur Besprechung der socialen Frage und Schmoller's Eröffnungsrede*, in «Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik», 20, 1873, p. 9.

Appartiene infatti al mondo cristiano-germanico – afferma Schmoller – la ricerca di una conciliazione delle classi economiche sul fondamento di un'idea di eticità che alimenta tutta l'azione dello Stato e che «spiritualizza» le istituzioni[4]. La monarchia e il *Beamtentum* hanno rappresentato storicamente questa idea di Stato etico ed è ad essi che spetta ora il compito di avviare la risoluzione della questione sociale assumendo l'iniziativa di una grande legge di riforma[5].

La monarchia dovrà tentare di conciliare il movimento dei lavoratori con lo Stato superando gli ingiusti squilibri e le contraddizioni che segnano l'economia di mercato. La politica sociale che essa promuoverà dovrà dunque racchiudere una visione etica sulla quale si fonderà la realizzazione della giustizia nei rapporti economici. Non si tratta solo di aumentare il salario per risolvere la questione sociale; si tratta invece di comprendere – osserva Schmoller – che «ogni progresso nella organizzazione economica è stato fino ad ora una vittoria delle idee etiche e lo sarà anche in futuro»[6].

Questa concezione della politica sociale come realizzazione di una concezione etica nei rapporti economici per iniziativa dell'istituto monarchico appartiene anche ad Adolf Wagner, il principale esponente del cosiddetto «socialismo di Stato». Egli pose questa concezione alla base della scienza economica, affermando che l'economia politica doveva diventare una «scienza etica»[7] se pretendeva di risolvere la questione sociale. Una scienza così concepita era infatti in grado di comprendere che solo l'introduzione di un «momento etico» nei rapporti economici poteva risolvere i conflitti tra le classi.

Questi autori individuavano i contenuti della politica sociale soprattutto in misure di protezione del lavoro, ossia nella

[4] G. von Schmoller, *Die sociale Frage und der preußische Staat*, in «Preußische Jahrbücher», 33, 1874, pp. 328-329.

[5] *Ibidem*, p. 342.

[6] *Ibidem*, p. 337.

[7] A. Wagner, *Rede über die soziale Frage*, in *Die Verhandlungen der kirchlichen October-Versammlung in Berlin von 10. bis 12. October 1871*, Berlin 1872, p. 128.

legislazione di fabbrica, e inoltre nell'abolizione del lavoro festivo, nell'introduzione di un ispettorato di fabbrica e in una tutela assicurativa nei casi di malattia, infortunio, vecchiaia. Ma essi presero in considerazione anche una politica scolastica per favorire l'innalzamento spirituale delle classi inferiori e una più equa politica fiscale[8].

In realtà le aspettative della scienza furono deluse dalla politica, giacché le proposte dei riformatori sociali furono accolte solo in modo molto limitato all'interno del sistema di potere bismarckiano. Il blocco politico degli interessi che Bismarck seppe infatti realizzare comprendeva anche la grande industria, che era sfavorevole ad una politica di protezione del lavoro considerata un'ingerenza indebita nell'organizzazione del lavoro industriale.

Bismarck realizzò soltanto un insieme di leggi di assicurazione sociale nel periodo dal 1883 al 1889, e la politica sociale, ben lungi dall'esprimere una «visione etica», fu soltanto un elemento del suo sistema di potere, funzionale alla necessità di attenuare le tensioni sociali che erano state prodotte dalla politica di protezione doganale.

Il periodo successivo alla caduta di Bismarck fu caratterizzato da un progressivo superamento della concezione etica della politica sociale e da una crescente attenzione per i problemi dell'organizzazione del lavoro e del processo produttivo.

## 3. *Concetti di politica sociale durante l'epoca guglielmina*

I due *Erläße* del 4 febbraio 1890 emanati da Guglielmo II rappresentarono indubbiamente una svolta nel campo della

[8] *Ibidem*, pp. 159-160. Anche in seguito Wagner individuerà i tratti distintivi della politica sociale in quella politica dello Stato «che mira a superare gli squilibri nell'ambito del processo distributivo con gli strumenti della legislazione e della amministrazione», cfr. A. WAGNER, *Über soziale Finanz- und Steuerpolitik*, in «Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik», IV, 1891 (rist. Berlin 1971), p. 4. Wagner si riferisce qui alla politica fiscale.

politica sociale, in quanto introdussero una politica di protezione del lavoro che Bismarck aveva sempre respinto. Nel secondo *Erlaß* si legge che «uno dei compiti del potere dello Stato è quello di regolare il tempo, la durata e il tipo di lavoro, in modo che siano garantiti la conservazione della salute, il principio dell'eticità (*Sittlichkeit*), i bisogni economici del lavoratore e la sua richiesta di una uguaglianza nei diritti (*Gleichberechtigung*)»[9].

Si trattava di un programma che sembrava inaugurare un nuovo corso, ma che in realtà servì a Guglielmo II solo per realizzare un mutamento nella forma di governo: dal regime del cancelliere al «governo personale» del *Kaiser*. Anche per Guglielmo II, come per Bismarck, la politica sociale doveva contribuire alla sconfitta della socialdemocrazia e, dunque, la causa delle dimissioni di Bismarck – scrive K.E. Born – non fu tanto il fatto che egli non volesse realizzare un programma di riforma sociale, quanto piuttosto il fatto che la sua autorità occultava quella del *Kaiser*[10].

La caduta di Bismarck fu salutata come l'avvio di una nuova politica sociale. Anche A. Weber scrisse che la politica sociale del *Kaise*r Guglielmo II fu «il tentativo di condurre il movimento dei lavoratori tedeschi nell'alveo di una corrente nazionale, attraverso l'accettazione di una parte delle loro richieste e la contemporanea soppressione della politica repressiva nei confronti della socialdemocrazia»[11].

Il programma di Guglielmo II fu elaborato da von Berlepsch, un membro del *Verein für Sozialpolitik*, che era stato da lui nominato ministro del commercio per togliere questo incarico a Bismarck e limitarne così il potere politico[12]. Gli sviluppi della politica sociale in epoca guglielmina furono

[9] Cfr. M. STOLLEIS, *Quellen zur Geschichte des Sozialrechts*, Göttingen-Frankfurt-Zürich 1976, pp. 131-132.

[10] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz*, Wiesbaden 1957, p. 31.

[11] A. WEBER, *Die Entwicklung der deutschen Arbeiterschutzgesetzgebung seit 1890*, in «Schmollers Jahrbuch», NF, 21, 1897, pp. 1-2.

[12] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., p. 98.

dovuti all'iniziativa di von Berlepsch e non certo di Guglielmo II: anzi si può affermare che la politica sociale «fu realizzata senza di lui e in crescente misura contro di lui»[13].

Tra i provvedimenti introdotti vi fu la novella al codice industriale (*Gewerbeordnungsnovelle*) che venne presentata al *Reichstag* l'8 maggio 1890 e divenne legge il 1° giugno 1891. Essa conteneva il divieto del lavoro festivo, la proibizione del lavoro notturno delle donne e dell'attività lavorativa dei fanciulli di età inferiore ai 13 anni[14]. Si trattava, come appare evidente, di misure a protezione del lavoro che erano state elaborate dall'ex consigliere di Bismarck e ora di von Berlepsch, Th. Lohmann, in contatto con Wagner e con Gustav von Schmoller. Quest'ultimo era sempre stato un sostenitore della necessità di una politica del lavoro, che vedeva realizzata solo ora, dopo la caduta di Bismarck: si tratta di un chiaro esempio del ruolo subordinato ai rapporti di potere che ebbe la scienza nell'elaborazione della politica sociale durante il periodo del Secondo Impero.

Nel luglio del 1890 divenne legge anche un progetto che von Berlepsch aveva presentato agli inizi dell'anno e che prevedeva l'introduzione facoltativa dei tribunali arbitrali nei comuni con più di 20.000 abitanti. In seguito fu promulgata il 1° gennaio 1893 la *Berggesetznovelle* in Prussia, cui seguì, come era avvenuto nel *Reich,* la creazione di tribunali arbitrali, in cui erano rappresentati per metà datori di lavoro e per metà lavoratori[15].

[13] *Ibidem*, p. 92.

[14] Il governo ottenne di poter introdurre modificazioni alla legge mediante la forma dell'ordinanza. Le disposizioni sulle donne e sui fanciulli divennero effettive solo il 1° aprile 1892; il riposo domenicale entrò in vigore il 1° luglio dello stesso anno in base all'ordinanza del 28 marzo 1892. In proposito cfr. A. WEBER, *Die Entwicklung*, cit., p. 15.

[15] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., p. 112. Sugli sviluppi della politica sociale in età guglielmina si veda in particolare G. ERDMANN, *Die Entwicklung der deutschen Sozialgesetzgebung*, Göttingen-Berlin-Frankfurt 1957; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, IV: *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969; G.A. RITTER, *Sozialversicherung in Deutschland und England*, München 1983.

Gli industriali tedeschi opposero una forte resistenza a queste misure di politica sociale, in particolar modo il *Zentralverband Deutscher Industrieller*[16], vicino ai *Freikonservativen*, che aveva appoggiato l'introduzione delle assicurazioni sociali da parte di Bismarck e che rifiutava ora decisamente le nuove misure di protezione del lavoro.

Scrivendo nel 1897, quando ormai il «nuovo corso» si era concluso ed era in pieno svolgimento la politica repressiva che terminerà solo nel 1899 con il fallimento della *Zuchthausvorlage* («progetto del carcere»), A. Weber invitava gli industriali tedeschi a cessare la loro opposizione dimostrando che ovunque le misure di protezione del lavoro si erano risolte in un miglioramento della vita delle imprese. In particolar modo A. Weber, analizzando la diminuzione della occupazione minorile nell'industria tessile, osservava che questo risultato, dovuto all'introduzione della *Gewerbeordnungsnovelle* del 1891, era avvenuto attraverso la sostituzione di nuove macchine alla forza-lavoro *ungelernte*, ossia al lavoro minorile[17].

Il saggio di Weber è importante, giacché mostra un significativo spostamento nella riflessione sulla politica sociale: essa infatti non affronta più l'azione dello Stato nei confronti del movimento dei lavoratori, come componente della società civile, bensì indaga attentamente gli effetti della politica sociale sulla organizzazione del lavoro e sul livello di produzione delle imprese, avviando un'analisi che si farà sempre più serrata sui rapporti tra politica economica e politica sociale.

Tuttavia l'opposizione al «nuovo corso» della politica sociale non proveniva solo dal mondo industriale, bensì anche da settori governativi. In particolare il ministro prussiano delle

[16] Sull'opposizione degli industriali tedeschi e, in particolare, sul patriarcalismo autoritario del *Zentralverband Deutscher Industrieller* che era all'origine del rifiuto di istituire tribunali arbitrali e commissioni di lavoratori nelle imprese, cfr. H. KAELBLE, *Industrielle Interessenpolitik in der wilhelminischen Gesellschaft*, Berlin 1967, pp. 55-57.

[17] A. WEBER, *Die Entwicklung*, cit., p. 48.

finanze Johannes von Miquel, a partire dalle dimissioni di von Caprivi nel 1894, mutò il suo atteggiamento liberale sulla questione sociale e si fece promotore di una *Sammlungspolitik* delle forze borghesi contro la socialdemocrazia. All'interno di questo progetto la politica sociale doveva trasformarsi da politica per i lavoratori in politica per il ceto medio[18]. Così affermò anche Guglielmo II in uno scritto del 31 luglio 1895 indirizzato a von Berlepsch: una nuova politica sociale a favore del ceto medio doveva porsi a sostegno della *Sammlungspolitik*, la quale doveva unire la borghesia e il *Bauerntum* contro la forza-lavoro influenzata dai socialisti[19].

Questo mutamento nella composizione sociale della forzalavoro e negli orientamenti delle forze politiche trovò inevitabilmente un'eco all'interno della riflessione scientifica. Intervenendo nel 1897 ai lavori dell'ottavo congresso evangelico-sociale, G. von Schmoller analizzò lucidamente la composizione e la crescita del nuovo ceto degli *Angestellten* (impiegati). Questo personale amministrativo (*Verwaltungspersonal*) distribuito nello Stato, nei comuni, nell'*Aktiendienst* si era accresciuto di circa 300.000 unità dal 1882 al 1895 ed ammontava complessivamente, all'epoca in cui Schmoller scriveva, a 600.000 componenti di quello che egli definiva il «nuovo ceto medio in formazione». «In questo gruppo della società – afferma Schmoller – abbiamo di fronte a noi uno degli elementi più abili, più energici e più ricchi di futuro»[20]. La sicurezza e il livello del reddito percepito fondano i tratti distintivi del nuovo ceto che Schmoller deli-

[18] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., p. 114. Ma si veda anche I. GORGES, *Sozialforschung in Deutschland 1872-1914*, Königstein/Ts. 1980, p. 261. Sulla *Sammlungspolitik* di J. von Miquel si consideri inoltre D. STEGMAN, *Die Erben Bismarcks*, Köln-Berlin 1970.

[19] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., pp. 124-5. La lettera di Guglielmo II a von Berlepsch è riportata in Chlodwig Fürst zu HOHENLOHE, *Denkwürdigkeiten der Reichskanzlerzeit*, hrsg. von K.A. VON MÜLLER, Stuttgart-Berlin 1931, pp. 86 ss.

[20] G. VON SCHMOLLER, *Was verstehen wir unter dem Mittelstande? Hat er im 19. Jahrhundert zu=oder abgenommen?*, in *Die Verhandlungen des Achten Evangelisch-Sozialen Kongresses, abgehalten zu Leipzig am 10. und 11. Juni 1897*, Göttingen 1897.

nea con chiarezza: in esso i principi del servizio (*Dienst*) e dell'ubbidienza si coniugano con l'indipendenza del giudizio, del carattere e della condotta di vita.

Oltre a questa nuova componente, Schmoller assegna al ceto medio anche le professioni liberali, i funzionari del servizio nelle chiese e nelle scuole: si tratta di quel settore che, grazie al suo significato spirituale e alle sue conoscenze, esercita necessariamente un ruolo-guida[21].

L'analisi condotta sulla emergenza e sulla composizione del ceto medio induce infine Schmoller a ritenere che in seno alla società tedesca vi siano forze etiche (*sittliche Kräfte*) tali che impediscano che la nazione si divida in pochi ricchi e in molti proletari[22]. È al servizio di queste forze – di cui l'affermazione del ceto medio è una manifestazione – che deve porsi la *Nationalökonomie* per promuovere un orientamento etico dell'economia e un equilibrio tra i diversi ceti sociali.

L'analisi scientifica fonda così i contenuti di una politica sociale che dovrà porsi al servizio delle nuove «forze etiche», a favore cioè del ceto medio. Proprio in questa direzione si orientò infatti la politica governativa che appoggiò le richieste avanzate dal settore impiegatizio per ottenere una tutela assicurativa, le quali culminarono nell'introduzione della «Versicherungsgesetz für Angestellte» del 20 dicembre 1911, che garantiva misure assicurative per la vecchiaia e per l'invalidità. Si trattava di provvedimenti che miravano palesemente a dividere e ad opporre il ceto impiegatizio alla classe operaia[23].

Il fallimento della politica di protezione del lavoro avviata con il «nuovo corso», la ripresa di una politica di tipo repressivo e l'emergenza di nuovi interessi in seno alla società spingono l'indagine scientifica a mettere in discussione il ruolo dello Stato e la concezione tradizionale della politica sociale come intervento pubblico *super partes*, avviando quel

[21] *Ibidem.*

[22] *Ibidem*, p. 161.

[23] G.A. RITTER, *Sozialversicherung*, cit., p. 59.

tipo di riflessione che alimenterà il dibattito sul problema dei «giudizi di valore» nel primo decennio del nuovo secolo.

In un importante saggio dal titolo significativo *Ideale der Sozialpolitik* apparso alla fine degli anni Novanta, W. Sombart critica radicalmente quella che egli definisce la concezione prevalente in politica sociale, ossia la convinzione che l'ideale della politica sociale non debba essere tratto dalla vita economica, ma da altre sfere[24], ad esempio dall'etica o dalla religione.

In particolar modo Sombart respinge la cosiddetta *Nationalökonomie* di orientamento etico sostenuta dai socialisti della cattedra della prima generazione, soprattutto da Wagner, Schmoller e G. Cohn. Le critiche di Sombart riflettono le posizioni della giovane generazione del *Verein für Sozialpolitik*, le quali maturarono negli anni seguenti fino ad una aperta rottura.

Ciò che Sombart rimprovera alla vecchia generazione dei socialisti della cattedra è il fatto di voler modificare la realtà esistente con i criteri dell'ideale etico. Su questo fondamento essi si proponevano di orientare i processi naturali, tecnici, intellettuali verso lo scopo ad essi estrinseco dello sviluppo di *tutti gli uomini*[25]. A questa posizione Sombart imputa di mancare di una chiara fondazione del punto di vista etico. In realtà si potrebbe osservare che essa risiede nella tradizione dell'istituto monarchico portatore del principio della *Sittlichkeit*. Ma Sombart non può che respingere la concezione dello «Stato etico», in quanto persegue il tentativo di fondare l'a u t o n o m i a dei principi politico-sociali.

Alle critiche di Sombart non si sottraggono neppure gli esponenti del cattolicesimo sociale, in particolare Georg von Hertling. Essi ricavano da un diritto naturale immutabile i principi dell'ordinamento sociale. «Il riconoscimento di un

[24] W. SOMBART, *Ideale der Sozialpolitik*, in «Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik», X, 1897.

[25] Cfr. G. COHN, *System der Nationalökonomie*, I, Stuttgart 1885, pp. 646-647.

diritto fondato in natura dato per sempre e sottratto ad ogni mutamento dello sviluppo sociale» è – scrive von Hertling – «il fondamento di una politica sociale sicura e consapevole dei suoi fini»[26]. Il diritto naturale è *ius divinum* perché scaturisce dal piano della creazione divina[27].

La proposta interpretativa di W. Sombart procede invece dalla considerazione secondo cui i princìpi della politica sociale possono essere rintracciati all'interno dell'economia, senza che si renda necessario ricorrere ad ideali che le sono estranei. In ciò Sombart manifesta palesemente l'influenza del marxismo, se è vero che afferma che spetta al bisogno economico fissare i limiti entro i quali deve dispiegarsi la sfera dell'etica.

All'interno dell'economia Sombart individua nel progresso economico il principio ordinatore. La realtà è un flusso continuo dal quale emergono sempre nuove classi in una lotta incessante. «Una sana politica sociale – egli scrive – deve porsi come scopo la subordinazione delle classi sociali al progresso economico»[28].

Non vi è armonia tra le classi. L'ideale di una composizione armonica dei conflitti attraverso l'intervento politico-sociale dello Stato portatore di un interesse generale al di sopra delle parti appartiene ad una fase precapitalistica. I principi di giustizia distributiva nei quali si sostanziava l'azione sociale dello Stato etico hanno fallito nel tentativo di realizzare l'integrazione del quarto stato nel *Kaiserreich*.

Ai socialisti della cattedra Sombart rimprovera di aver cre-

[26] G. VON HERTLING, *Naturrecht und Sozialpolitik* (1893), in *Kleine Schriften zur Zeitgeschichte und Politik*, Freiburg im Breisgau 1897, p. 280.

[27] *Ibidem*. Il punto di vista cattolico sociale venne elaborato compiutamente in Italia, a giudizio di Sombart, da Giuseppe Toniolo, che fu suo maestro a Pisa. Toniolo formulò il programma di un ordine sociale cristiano cattolico. Il principio informatore del programma si può riassumere nella concezione di un ideale eterno posto a fondamento di un determinato ordinamento sociale. Cfr. W. SOMBART, *Ideale der Sozialpolitik*, cit., pp. 20-21.

[28] *Ibidem*, p. 44.

duto in una politica sociale volta a realizzare l'interesse generale dello Stato; agli esponenti del cattolicesimo sociale rimprovera di opporre alla esistente realtà economica l'ideale etico-religioso di un ordine sociale cristiano.

La politica sociale deve essere invece politica di classe, nel senso che deve rivolgersi con interventi specifici agli interessi delle diverse classi. Essa deve essere una politica di classe al servizio del progresso economico, che si realizza nel sistema economico nel quale viene raggiunta la più alta produttività[29].

Sombart traccia infine l'inevitabile corollario di questo stringente ragionamento: la politica sociale – in particolare la politica del lavoro – deve essere funzionale alla politica economica, giacché essa è l'insieme di quelle misure dalle quali scaturisce la più alta produttività di un determinato sistema economico.

Le posizioni di Sombart furono criticate da Bortkiewicz, il quale ritenne che la sua definizione di politica sociale come «politica dei sistemi economici» non consentisse di interpretare adeguatamente il significato delle misure politico-sociali le quali non sono prese, a giudizio di Bortkiewicz, per favorire la vittoria di un sistema economico rispetto ad un altro, ma per raggiungere degli scopi precisi. Bortkiewicz riteneva che Sombart non analizzasse gli scopi, bensì le conseguenze della politica sociale, le quali sono spesso imprevedibili, e che pertanto il suo concetto di politica sociale fosse del tutto inutilizzabile[30].

In realtà si può osservare che Bortkiewicz non coglie la portata politica delle analisi di Sombart. Non vi è dubbio infatti che la ricerca di una fondazione autonoma della politica sociale finisca con lo spingere Sombart verso le posizioni del *Manchestertum*, ossia del liberismo economi-

[29] *Ibidem.*

[30] L. VON BORTKIEWICZ, *Der Begriff «Sozialpolitik»*, in «Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik», III. Folge, 17, 1899, p. 346.

co[31]. Ma ciò che preme soprattutto rilevare è il fatto che l'aver posto lo scopo della politica sociale, concepita come politica che deve favorire il pieno dispiegarsi delle forze produttive, nel progresso economico, che si realizza attraverso il libero confronto delle classi, rappresenta un'anticipazione della crisi dello Stato etico incapace di ricondurre ad unità la molteplicità delle forze e dei conflitti.

## 4. *Politica sociale e democrazia*

Il saggio di Sombart anticipa i temi del dibattito che matura agli inizi del nuovo secolo, quando si è ormai conclusa la fase della politica repressiva e ha preso avvio l'«era di Posadowsky» dal 1899 al 1907.

Posadowsky, che ricopriva la carica di segretario di Stato agli interni, riprese gli orientamenti di von Berlepsch in campo assicurativo e nella politica di protezione del lavoro. Nel febbraio 1899 venne approvata, per la prima volta con il sostegno della socialdemocrazia, una legge che stabiliva che le rendite della assicurazione contro l'invalidità venissero pagate in tutto il *Reich* in misura uguale; e nel 1903 fu varata una legge che estendeva il periodo di assicurazione contro la malattia[32].

Vennero inoltre stanziati fondi per la costruzione di abitazioni per lavoratori e nel 1903 fu esteso il divieto del lavoro in fabbrica per fanciulli di età inferiore a 12 anni. Ma la legge più significativa dell'«Ära Posadowsky» fu certamente il *Berggesetz* del luglio 1905. Questa legge, che più di ogni altra nel periodo precedente la prima guerra mondiale accoglieva le istanze dei lavoratori, prevedeva l'introduzione di commissioni operaie alle quali spettava, tra l'altro, il controllo del lavoro a cottimo[33].

[31] K. PŘIBRAM, *Die Wandlungen des Begriffs der Sozialpolitik*, in *Die Wirtschaftswissenschaft nach dem Kriege*, II, München-Leipzig 1925, p. 241.

[32] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., p. 178. Sulle iniziative di Posadowsky cfr. anche I. GORGES, *Sozialforschung*, cit., pp. 318 ss.

[33] K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., p. 188.

Tuttavia le iniziative di Posadowsky, le cui posizioni erano vicine a quelle dei conservatori, miravano a separare le misure di politica sociale dalla questione costituzionale, ossia dal problema rappresentato dal movimento dei lavoratori rispetto al sistema politico del *Kaiserreich*. Egli individuava nella socialdemocrazia un partito antimonarchico e intendeva pertanto favorire le *christliche Gewerkschaften* e i *Gewerkvereine* liberali di Hirsch-Duncker. Posadowsky rifiutava un riconoscimento politico dell'intero movimento operaio e mirava piuttosto a realizzare l'integrazione nello Stato solo di quella componente operaia che accettasse la tradizionale visione monarchico-cristiana.

Ciò apparve chiaramente in occasione della presentazione nel 1905 del disegno di legge sul riconoscimento dei sindacati (*Gesetzentwurf zur Rechtsstellung der Berufsvereine*)[34]. Esso ammetteva il riconoscimento della capacità giuridica solo per le associazioni professionali che non perseguissero finalità politiche. Il progetto, che intendeva evidentemente discriminare le *Freie Gewerkschaften* di ispirazione socialdemocratica, fu tuttavia respinto dal *Reichstag*.

La politica sociale di Posadowsky venne criticata da F. Naumann in uno scritto del 1907. Naumann, che era un esponente di spicco della giovane generazione del *Verein für Sozialpolitik*, considerava Posadowsky un «socialista di Stato» che credeva troppo poco «nella forza regolatrice della libertà»[35], ossia nel libero confronto tra le associazioni degli interessi. Lo Stato promulga le leggi basandosi sulla sua autorità, ma impedisce in questo modo – così afferma Naumann – che scaturisca un nuovo diritto attraverso il conflitto e la conclusione di accordi tra associazioni di datori di lavoro e di lavoratori[36].

[34] In proposito cfr. *Akten zur staatlichen Sozialpolitik in Deutschland 1890-1914*, hrsg. von P. RASSOW-K.E. BORN, III, Wiesbaden 1959, pp. 148 ss.

[35] F. NAUMANN, *Die Sozialpolitik des Grafen Posadowsky*, in «Die Hilfe», XIII, 17.3.1907.

[36] *Ibidem*, p. 162.

Nel 1908 venne approvato il *Vereinsgesetz* che rappresentò certamente un progresso in questa direzione, in quanto furono riconosciuti il diritto di riunione e il diritto di formare associazioni (art. 1). Naumann approvò la legge[37], malgrado alcune limitazioni fortemente restrittive, come ad esempio il divieto di associazione per lavoratori stranieri stabilito dall'art. 7, che prescriveva che le riunioni delle associazioni dovessero svolgersi in lingua tedesca.

Durante il periodo del *Kaiserreich* il diritto di associazione non si affermò mai compiutamente[38], in quanto al manifestarsi della molteplicità delle forze sociali non corrispose il loro pieno riconoscimento politico. Ma, al tempo stesso, l'affermazione della pluralità delle forze e degli interessi non consentiva più che le loro relazioni fossero regolate dall'autorità dello Stato e pertanto la monarchia e il *Beamtentum* non potevano più sostituirsi al diretto confronto tra le classi, né potevano pretendere di essere considerate le forze più adatte per il conseguimento di una progressiva uguaglianza tra le parti sociali.

In particolare, contro la burocrazia si pronunciò nel 1909, durante una riunione del *Verein für Sozialpolitik*, A. Weber con un intervento dai toni assai simili a quelli usati dal fratello Max. Indubbiamente l'apparato burocratico è qualcosa di necessario, ma ad esso si accompagna, scrive A. Weber, «una metafisica di Stato (*Staatsmetaphysik*), che ha prodotto ... una religione, la quale induce fattori religiosi negli uomini ... che li spingono a sottomettersi ad un principio autoritario ... che assorbe facilmente la loro libera personalità»[39]. Qualche anno

[37] F. NAUMANN, *Die Annahme des Vereinsgesets*, in «Die Hilfe», XIV, 22.4.1908, p. 238. Su questo punto si veda ancora K.E. BORN, *Staat und Sozialpolitik*, cit., pp. 222-223.

[38] Th. RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milano 1989, p. 61. Su questa chiusura della monarchia rispetto al libero gioco delle forze nella vita economica, cfr. E. FEHRENBACH, *Wandlungen des deutschen Kaisergedankens 1871-1918*, München-Wien 1969, p. 198.

[39] A. WEBER, *Debatte über die wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinden* (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 28. Sept. 1909, 132), Leipzig 1910, p. 242.

più tardi A. Weber individuerà la nuova questione sociale proprio nella salvaguardia della personalità contro i pericoli dell'assorbimento nell'apparato amministrativo e sosterrà un programma riformatore nel quale veniva rivendicata la realizzazione di forme democratiche del diritto del lavoro e l'introduzione della *Mitbestimmung* nell'apparato pubblico[40].

La burocrazia appare a Weber in tutta la sua rilevanza «costituzionale-materiale»: essa produce infatti rapporti di dipendenza e di «fedeltà (*Treuverhältnisse*) – egli scrive – di cui non si fa parola nella costituzione»[41]. La politica sociale non può dunque essere un compito della burocrazia, ossia di un apparato che induce un assoggettamento passivo ed una autentica *Verdummung* (istupidimento). A. Weber respinge pertanto l'identificazione della politica sociale con la politica dell'amministrazione e coglie pienamente il rilievo costituzionale della questione sociale.

Questa identificazione viene invece affermata da altri autori, come, ad esempio, Ignaz Iastrow. Egli scrive infatti: «La politica sociale è ... la politica concepita dal punto di vista sociale. La parola politica è qui impiegata nel senso di politica dell'amministrazione (*Verwaltungspolitik*)»[42]. Iastrow ha ben presente la lezione di R. von Mohl[43] e di L. von Stein[44] ma sembra aver perduto il problema politico-costituzionale che le loro opere racchiudevano. Così la politica sociale dell'amministrazione non rappresenta, per Iastrow, l'argine innalzato dallo Stato contro la società per garantire gli equilibri politici esistenti, bensì semplicemente l'azione dello

[40] Cfr. A. WEBER, *Neuorientierung in der Sozialpolitik?*, in «Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik», XXXVI, 1913, p. 12.

[41] A. WEBER, *Debatte über die wirtschaftlichen*, cit., p. 242.

[42] I. IASTROW, *Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft*, Berlin 1902, p. 26.

[43] R. VON MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen 1842-1844.

[44] L. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre* (1896), Aalen 1962.

Stato per realizzare la ripartizione del benessere tra i diversi settori della popolazione[45].

Al contrario Alfred Weber contrappone alla burocrazia, intesa come manifestazione del potere politico, e alla politica sociale che essa realizza, la concezione di una diversa politica sociale nella quale il diritto di coalizione e le commissioni operaie siano fondate sul pieno riconoscimento del movimento dei lavoratori: solo in ciò egli vede un valido rimedio al dominio esercitato dal *Beamtentum*.

Ma non vi è autore della giovane generazione del *Verein für Sozialpolitik* che non sostenga lo stesso punto di vista: da Naumann a Sombart, a Tönnies. Così Sombart, ad esempio, dichiara che sono folli tutti i tentativi che mirano ad impedire l'affermazione politica dei grandi movimenti popolari, perché ciò significherebbe impedire la democratizzazione della costituzione[46].

Per questa via la riflessione sul problema della politica sociale si lega sempre più, a partire dai primi anni del nuovo secolo, al problema della democrazia. La crescita di una società attraversata da una pluralità di forme associative, l'affermazione dei principi di un nuovo diritto, in particolare il diritto del lavoro, che scaturiscono dalle relazioni tra gli interessi organizzati, non possono più darsi nel contesto della monarchia costituzionale e dell'apparato burocratico che ne realizza gli orientamenti politici, bensì solo nel quadro di una democrazia parlamentare.

Proprio nel 1900 viene pubblicato il volume *Demokratie und Kaisertum* di F. Naumann, un'opera fortunata che avrà numerose riedizioni. Naumann enuncia il progetto di una piena integrazione politica del movimento operaio attraverso un'alleanza della socialdemocrazia con il liberalismo. Il movimento dei lavoratori salariati è portatore di una politica di massa democratica, giacché lo sviluppo dell'industria ac-

[45] I. Iastrow, *Sozialpolitik*, cit., p. 27.

[46] W. Sombart, *Sozialismus und soziale Bewegung*, Jena 1905[5], p. 254.

cresce la massa dei salariati e la domanda di democrazia. L'industrializzazione porta con sé una nuova crescita del pensiero democratico, osserva Nauman[47].

In questa prospettiva il movimento socialista portatore di democrazia gli appare uno sviluppo del liberalismo: come il liberalismo aveva difeso l'ideale della personalità contro lo Stato, così ora il socialismo lo difende contro l'impresa. L'idea di personalità è, dunque, a giudizio di Naumann, l'eredità del liberalismo in seno alla socialdemocrazia, e nelle due parole d'ordine «personalità e progresso» è racchiuso il contenuto della vecchia e della nuova democrazia[48]. La democrazia cui si riferisce Naumann si fonda sul principio di maggioranza[49] e corrisponde pertanto alla democrazia parlamentare.

Alla concezione e alla prassi di una politica sociale realizzata «dall'alto» attraverso l'alternarsi di concessioni e di misure repressive, e attuata con l'intento di dividere il movimento dei lavoratori, venne opposto da larga parte dei *Gelehrten* (soprattutto legati alla giovane generazione del *Verein für Sozialpolitik*) il concetto di una politica sociale che fosse il risultato del libero confronto degli interessi che si affermavano all'interno delle trasformazioni industriali e del progresso tecnico-scientifico: ma ciò era possibile solo nel contesto di una democrazia parlamentare.

## 5. *Scienza ed etica: i giudizi di valore e la politica sociale*

Aprendo nel 1901 i lavori del *Verein für Sozialpolitik*, Brentano discusse le differenti posizioni in seno all'associazione.

[47] F. NAUMANN, *Demokratie und Kaisertum*, Berlin 1905⁴, p. 26.

[48] *Ibidem*, p. 27.

[49] *Ibidem*, p. 39. Anche F. Tönnies auspica la piena affermazione della democrazia parlamentare. Egli considera il diritto elettorale uguale e generale come espressione del principio democratico e ritiene che il diritto elettorale per classi sia un impedimento per ogni progresso. Cfr. F. TÖNNIES, *Liberalismus und Demokratie*, in «Das freie Wort», VII, 1908, pp. 731 ss. Su questo punto si veda D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe*

I fondatori del *Verein* erano d'accordo sul fatto che i punti di vista etici dovessero dominare su quelli economici, in quanto la ricchezza non era uno scopo in se stessa, ma doveva servire al bene comune. Pertanto essi sollecitavano l'intervento dello Stato là dove gli interessi economici prevalessero su quelli etici o politici[50].

Al contrario la giovane generazione del *Verein* credeva nel progresso tecnico-scientifico e nel riconoscimento politico del movimento dei lavoratori: solo da ciò ci si poteva attendere una soluzione dei problemi sociali[51].

K. Přibram individua il momento di svolta[52] in questo dibattito nella pubblicazione avvenuta nel 1904 del saggio di M. Weber dedicato a *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale.*

I contenuți del saggio sono assai conosciuti, ma ciò che qui preme è la necessità di sottrarli finalmente ad un ambito esclusivamente metodologico nel quale troppo spesso vengono confinati.

La polemica di Weber è rivolta contro gli esponenti della scuola storica dell'economia, e pertanto racchiude un evidente significato politico se si considera che quella scuola aveva tentato di costruire scientificamente il fondamento di legittimazione della monarchia sociale. Weber osserva che la scuola storica aveva cercato di elevare l'economia politica alla dignità di una «scienza etica» su di una base empirica. In realtà, dichiara Weber, l'economia politica e, più in generale, le scienze sociali non dispongono di un fondamento che consenta di formulare giudizi di valore. «Soltanto le

*im Verein für Sozialpolitik* («Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte», Beiheft 53), II, Wiesbaden 1967, p. 405.

[50] Cfr. L. BRENTANO, in *Verhandlungen der Generalversammlung in München 23., 24. und 25 September 1901* (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 98), Leipzig 1902, p. 4. In proposito si veda I. GORGES, *Sozialforschung*, cit., p. 332.

[51] I. GORGES, *Sozialforschung*, cit., p. 332.

[52] K. PŘIBRAM, *Die Wandlungen*, cit., p. 243.

religioni positive ... possono attribuire al contenuto dei valori culturali la dignità di comandi *etici* incondizionatamente validi»[53].

Alla scienza è dunque preclusa la trattazione di questioni culturali di portata generale. Così nell'analisi delle misure di politica sociale occorre distinguere, da una parte, gli aspetti tecnici, come le ispezioni di fabbrica, i tribunali industriali, gli uffici di collocamento, che sono i mezzi per il raggiungimento dello scopo rappresentato dalla protezione dei lavoratori, e, dall'altra, le «visioni del mondo» che quelle misure necessariamente implicano. «La disputa si svolge – commenta infatti Weber – non soltanto, come oggi così volentieri si crede, tra «'interessi di classe', ma *anche tra intuizioni del mondo*»[54].

Da queste premesse segue la logica conclusione: la scienza sociale, intesa come l'«ordinamento concettuale dei fatti», deve essere nettamente distinta dalla politica sociale concepita come rappresentazione degli ideali[55]. La critica di Weber è realmente radicale, giacché afferma che gli ideali, ossia le «visioni del mondo», non possono trovare una fondazione empirica, né una legittimazione storico-sociale.

Negli sviluppi successivi di questo dibattito G. von Schmoller affermerà che, accanto a quelli soggettivi, esistono anche giudizi di valore oggettivi. Egli si riferisce ai valori condivisi da un popolo in una determinata epoca storica. «Lo sviluppo della cultura, il lavoro di tutte le religioni e di tutte le scienze, del costume e del diritto hanno sempre più depurato la coscienza del valore e i giudizi di valore facendone delle guide sempre più giuste e utili alla vita e alla società»[56]. Per questo

[53] M. WEBER, *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* (1904), in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 1974, p. 64.

[54] *Ibidem*, p. 63.

[55] *Ibidem*, p. 68.

[56] G. VON SCHMOLLER, *Die Volkswirtschaft, die Volkswirtschaftslehre und ihre Methode* (1910[3]), Frankfurt am Main 1949, p. 78.

possiamo affermare – scriveva Schmoller nel 1910 – che «l'esperienza, la scienza e lo spirito etico del tempo hanno reso possibile il fatto che i grandi proprietari conservatori, gli imprenditori liberali e i lavoratori socialisti si siano avvicinati in molti punti della riforma sociale»[57]. Schmoller può così concludere che esistono giudizi di valore etici che si fondano su di un concetto di «bene fissato socialmente come regola media nel costume, nel diritto e nella morale». L'ipotesi che sta alla base di questa affermazione è che «l'etica diventi sempre più una scienza dell'esperienza e che pertanto i giudizi etici siano uguali alle altre esperienze empiriche»[58].

Sono posizioni che non potrebbero essere più lontane da quelle di Weber che aveva invece proclamato che non si dà univocità nelle valutazioni e che «gli ideali supremi che ci muovono nella maniera più potente, si sono formati in tutte le età solo nella lotta con altri ideali, che ad altri sono sacri come a noi i nostri»[59].

Il dibattito metodologico racchiude dunque lo scontro tra due diverse concezioni politiche: da una parte, Schmoller riteneva che si potesse pervenire ad una conciliazione tra i diversi interessi attraverso l'azione dell'istituto monarchico; dall'altra, Weber sosteneva invece che tutta la vita era una lotta tra valori irriducibili, uno scontro, non componibile da parte di alcuna istanza politica, che doveva liberamente manifestarsi. Ma proprio il riconoscimento dell'uguale valore degli ideali equivaleva a delegittimare la pretesa dello Stato di rappresentare un interesse generale al di sopra delle parti.

La rottura definitiva tra le diverse posizioni dei *Nationalökonomen* maturò definitivamente in occasione dei lavori tenuti a Vienna dall'assemblea generale del *Verein für Sozialpolitik* dal 27 al 29 settembre 1909.

Al centro del dibattito era il concetto di «produttività» in eco-

[57] *Ibidem*, p. 80.

[58] *Ibidem*, pp. 81-2.

[59] M. Weber, *L'«oggettività» conoscitiva*, cit., p. 65.

nomia e la possibilità di una sua misurazione. Philippovich, che apparteneva alla scuola viennese della *Nationalökonomie*, difese l'ipotesi di una scienza valutativa, affermando che il concetto di produttività usciva dal campo dell'economia ed entrava in quello dell'etica[60]. Infatti, a suo giudizio, il concetto di produttività dipendeva da quello di benessere e quest'ultimo doveva essere scomposto nel soddisfacimento dei bisogni la cui definizione apparteneva all'ambito della cultura.

Queste posizioni vennero criticate soprattutto da Sombart e Weber. In particolare Sombart dichiarò che la scienza doveva prescindere da tutto ciò che è soggettivo, in quanto «la visione personale del mondo si basa sempre su di un fondamento metafisico»[61], e definì il concetto di produttività solo in base alla relazione oggettiva che intercorre tra il costo del lavoro e la quantità dei beni prodotti.

Il risultato di questi dibattiti fu la messa in discussione dell'etica come fondamento della politica sociale. L'indebolirsi della legittimazione etica pose sempre più la produttività come scopo della azione politico-sociale dello Stato. La secolarizzazione del concetto di politica sociale corrispose così pienamente alla crisi irreversibile dell'ordinamento monarchico-costituzionale e alla fine dello Stato etico.

Anche E. von Philippovich nella revisione della 7ª edizione dei suoi *Lineamenti di economia politica* pubblicati nel 1914, afferma che «la protezione legislativa del lavoro ... ha il compito di realizzare una crescita delle forze fisiche e spirituali dei lavoratori attraverso la riduzione del loro impiego lavorativo e attraverso un accrescimento del loro consumo, così da ottenere per questa via un aumento della produttività e della capacità produttiva della classe operaia»[62].

[60] E. von Philippovich, *Das Wesen der volkswirtshaftlichen Produktivität und die Möglichkeit ihrer Messung*, in *Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik in Wien, 1909*, Leipzig 1910, p. 336.

[61] W Sombart, *Debatte über die Produktivität der Volkswirtschaft*, in *Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik in Wien, 1909*, Lepizig 1910, p. 569.

[62] E. von Philippovich, *Grundriß der politischen Oekonomie*, II, 1, Tübingen 1914[7], p. 255.

La stessa attenzione per il problema della organizzazione economica e della capacità produttiva dell'economia si può leggere nell'opera di L. von Wiese. Indubbiamente egli concepisce la politica sociale come «compromesso tra politica ed etica»[63] e afferma che l'elemento etico della politica sociale compare in ciò, che come criterio per valutare i risultati socio-politici deve valere l'idea di giustizia. Ma non Wiese limita anche la portata dell'elemento etico, ponendo la necessità che la organizzazione economica corrisponda al principio economico – ossia alla produttività – oltre che al principio etico-sociale della giustizia[64].

Dopo la prima guerra mondiale le tesi che ponevano la produttività come obiettivo della politica sociale servirono a sostenere le posizioni imprenditoriali nello scontro con i sindacati sulla durata della giornata lavorativa durante il periodo dell'inflazione, nel 1923: fu allora che si manifestò quella che fu definita la «crisi della politica sociale».

In occasione delle celebrazioni per il cinquantenario del *Verein für Sozialpolitik* svoltesi ad Eisenach nel 1922, Herkner dichiarò che una separazione della politica sociale dalla politica economica appariva sempre meno possibile e che «una valida politica produttiva ... era la migliore politica sociale»[65]. Reagendo a queste posizioni L. Brentano abbandonò il *Verein für Sozialpolitik*, giacché gli sembrava che ormai fosse diventato troppo ostile alle posizioni sindacali[66].

La «crisi della politica sociale» si concluse con la vittoria del fronte padronale, che ottenne l'aumento della durata della giornata lavorativa, e con la rottura della «comunità del

[63] L. VON WIESE, *Einführung in die Sozialpolitik*, Leipzig 1910, p. 11. In proposito cfr. A. AMMON, *Der Begriff der «Sozialpolitik»*, in «Schmollers Jahrbuch», 48, 1924, pp. 173 ss.

[64] *Ibidem*, p. 27. Su questo punto cfr. K. PŘIBRAM, *Die Wandlungen*, cit., p. 248.

[65] H. HERKNER, *Der Verein für Sozialpolitik in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft* (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 163), München-Leipzig 1922, p. 93.

[66] In proposito cfr. K. PŘIBRAM, *Die Wandlungen*, cit., p. 253.

lavoro» che si era costituita dopo gli accordi del novembre 1918 tra imprenditori e lavoratori.

Essa rappresentò l'occasione nella quale la riflessione sul concetto di politica sociale affrontò anche il problema del suo significato in relazione alla nuova forma di governo democratica che era succeduta alla fine dell'Impero.

Apparve allora evidente come la crisi dovesse essere ricondotta all' assenza di un fondamento unitario capace di superare le contraddizioni e di ricondurre le posizioni inconciliabili all'interno di una stabile forma-Stato[67].

La «crisi della politica sociale» rivelò così la crisi ben più profonda della democrazia: la fine dello Stato etico le aveva infatti consegnato il problema della difficile ricerca dei principi costituzionali sui quali fondare la possibile esistenza della nuova contraddittoria realtà pluralistica.

[67] Cfr. G. BRIEFS, *Zur Krisis in der Sozialpolitik*, in «Kölner Sozialpolitische Vierteljahresschrift», III, 1923, n. 1, soprattutto pp. 12 ss.